E79
269
т. 1

РЕСТАВРАЦИЯ
НЕ КОПИРОВАТЬ!

E79—
269

РУССКОЕ
УГОЛОВНОЕ ПРАВО.

ЛЕКЦІИ

Н. С. Таганцева,

доктора уголовнаго права, сенатора, заслуженнаго профессора ИМПЕРАТОРСКАГО Училища правовѣдѣнія, почетнаго члена: университетовъ С.-Петербургскаго и Св. Владиміра, Московскаго и С.-Петербургскаго Юридическихъ Обществъ.

(Удостоены преміи графа Сперанскаго Московскимъ юридическимъ факультетомъ).

Изданіе второе, пересмотрѣнное и дополненное.

ЧАСТЬ ОБЩАЯ.

ТОМЪ I.

С.-ПЕТЕРБУРГЪ.
1902.

Н

ГОСУДАРСТВЕННАЯ
ПУБЛИЧНАЯ
ИСТОРИЧЕСКАЯ
БИБЛИОТЕКА ГСФСР
22426 1995 г.

1/III

Фл. к стр. 960

ГОСУДАРСТВЕННАЯ ТИПОГРАФІЯ.

ЧАСТЬ ОБЩАЯ.

«Правда и милость да царствуютъ въ судахъ».

Манифестъ 19 марта 1856 г.

«Justitia sine misericordia justitia non est, sed crudelitas; misericordia sine justitia misericordia non est, sed fatuitas».

«In legibus—salus».

«Scire leges non est enim verba earum tenere, sed vim ac potestatem».

ПРЕДИСЛОВІЕ

КО 2-му ИЗДАНІЮ.

Десять лѣтъ тому назадъ разошлось, встрѣченное благосклонно нашими юристами, первое изданіе моихъ лекцій; но шли годы, а я не могъ окончить необходимую для новаго изданія ихъ переработку. Причины къ этому были двояки.

Въ 1892 г., когда я приступилъ къ пересмотру лекцій, проектъ уголовнаго уложенія уже былъ законченъ; редакціонная комиссія готовилась передать его въ совѣщаніе при Министерствѣ Юстиціи, а затѣмъ и въ Государственный Совѣтъ. Можно было надѣяться, что пройдетъ два, три года и проектъ сдѣлается дѣйствующимъ закономъ. Поэтому въ основу переработаннаго курса уголовнаго права представлялось необходимымъ положить не уложеніе о наказаніяхъ, увольняемое въ отставку, а вступающее въ должность— уголовное уложеніе. Но дѣло не пошло такъ ходко, какъ думалось, а потому пришлось отложить выходъ въ свѣтъ труда, въ которомъ будущее считается уже настоящимъ. Да и теперь слѣдовало бы повременить. Я началъ печатать это изданіе, когда общая часть, составляющая его содержаніе, уже была разсмотрѣна особымъ присутствіемъ подъ предсѣдательствомъ статсъ-секретаря графа Палена, и имѣлъ, по видимому, достаточныя основанія думать, что лекціи выйдутъ въ свѣтъ, когда уже послѣдуетъ Высочайшая санкція двадцатилѣтняго труда; но между тѣмъ многомѣсячное печатаніе окончилось все таки до разсмотрѣнія проекта Общимъ Собраніемъ Государственнаго Совѣта. А сколько лѣтъ пройдетъ до введенія уложенія въ дѣйствіе? Многіе посмѣются надъ тѣмъ, что я называю дѣйствующимъ то, что еще не дѣйствуетъ, упрекнутъ за то, что я не подождалъ разсмотрѣнія въ Государственномъ Совѣтѣ устава о служебныхъ провинностяхъ, трудовъ комиссіи о согласованіи отдѣльныхъ ча-

стей Свода Законовъ, въ особенности устава о ссыльныхъ, съ новымъ уложеніемъ; не подождалъ разсмотрѣнія и утвержденія уже внесенной въ Государственный Совѣтъ новой редакціи судебныхъ уставовъ. Я вполнѣ признаю всю справедливость этого упрека въ преждевременности изданія, и въ оправданіе могу только привести, какъ смягчающее вину соображеніе: старость боится опоздать, а желаніе увидѣть этотъ вполнѣ переработанный трудъ опубликованнымъ было такъ велико.

Другая причина долгой переработки была чисто личная: послѣдніе годы занятій по Сенату и участіе въ достаточномъ числѣ законодательныхъ коммисій давали возможность посвящать пересмотру лекцій только лѣтніе мѣсяцы, а между тѣмъ хотѣлось и въ этомъ трудѣ воспользоваться не только новыми данными нашей судебной и законодательной практики, но, какъ и прежде, разрабатывать наше право въ связи съ развитіемъ западно-европейскихъ законодательствъ и съ неуклонно поступательнымъ движеніемъ науки. А именно за послѣднее время литература уголовнаго права получила громадное развитіе и въ ширину и въ глубину. Не только усердно ремонтировались старые шоссейные пути, но прокладывались новыя дороги и тропинки, не всегда удачно пролагаемыя, но всегда, какъ и все новое, завлекающія. Хотѣлось разобраться въ этой сокровищницѣ знанія, подняться на крутизны, съ которыхъ открываются новые горизонты. Увы, и въ этомъ отношеніи отъ многихъ вожделеній пришлось отказаться: не подъ силу альпійскія экскурсіи, когда весьма и весьма ощущаешъ и высоту четвертаго этажа; и вѣроятно мои молодые коллеги по разработкѣ уголовнаго права насчитаютъ въ настоящемъ трудѣ много недоглядокъ и недомыслій, и даже весьма крупныхъ: fecі, quod potui, faciant meliora potentes. Будущее—молодымъ силамъ.

Н. Таганцевъ.

9 мая 1902 г.

Употребляемыя сокращенія.

в. с.	вышеприведенное сочиненіе.
П. С. З.	Полное Собраніе Законовъ.
С. З.	Сводъ Законовъ.
О. З.	объяснительная записка къ уголовному уложенію.
р. у. к. д.	рѣшеніе уголовнаго кассац. депар. Правит. Сената.
р. о. с.	рѣшеніе Общаго Собранія 1-го и кассац. департ. Правит. Сената.
Ж. г. у.	Журналъ уголовнаго и гражданскаго права.
Ж. М. Ю.	Журналъ Министерства Юстиціи.
Ю. В.	Юридическій вѣстникъ.
В. п.	Вѣстникъ права.
Archives	Archives d'Anhropologie criminelle.
Archiv	Archiv des Criminalrechts.
G.	Gerichtssaal.
L. Z.	Zeitschrift für gesammte Strafrechtswissenschaft. v. Liszt.

При ссылкѣ на имена авторовъ, безъ обозначенія названія труда, имѣются въ виду ихъ учебники и руководства, и обыкновенно въ послѣднихъ изданіяхъ.

ВВЕДЕНІЕ.

Уголовное право, его содержаніе и разработка.

1. Жизнь всѣхъ народовъ свидѣтельствуетъ намъ, что всегда и вездѣ совершались и совершаются дѣянія, по разнымъ основаніямъ не только признаваемыя недозволенными, но и вызывающія извѣстныя мѣры общества или государства, направленныя противъ лицъ, ихъ учинившихъ, дѣянія, признаваемыя преступными; что всегда и вездѣ существовали лица, болѣе или менѣе упорно не подчиняющіяся требованіямъ правоваго порядка, велѣніямъ власти, его охраняющей.

Съ непокорствомъ Зиждителю міра, съ вредоноснымъ посягательствомъ на интересы ближнихъ встрѣчаемся мы на первыхъ же страницахъ священныхъ преданій вѣры, и о тѣхъ же проявленіяхъ зла и порока говоритъ намъ ежедневная хроника текущей жизни. Оканчиваются кровавыя войны, замиряются народы, но нѣтъ конца борьбѣ человѣчества съ этимъ мелкимъ, но непобѣдимымъ врагомъ, и не предвидится то время, когда карающая государственная власть перекуетъ свои мечи въ плуги и успокоится въ мирѣ.

Понятно, что анализъ и изученіе этой борьбы единичнаго съ цѣлымъ, слабаго съ всемогущимъ, изученіе сущности и условій преступнаго посягательства, характера мѣръ, принимаемыхъ властью противъ ея ослушниковъ, самый порядокъ установленія наличности посягательства, служащаго основаніемъ къ принятію этихъ мѣръ, представляютъ огромный интересъ, и сколь разнообразны и многосторонни проявленія этой борьбы, столь же многосторонне и разнообразно можетъ быть и ея изученіе.

Прежде всего, каждое преступное дѣяніе въ отдѣльности, въ особенности важное и сложное, уже своею жизненною обстановкою приковываетъ наше вниманіе: какъ часто толпа просиживаетъ дни въ залѣ засѣданій, неустанно слѣдя за различными фазисами развертывающейся передъ нею жизненной драмы, какъ часто преступныя дѣянія, взятыя изъ дѣйствительности, подъ перомъ талантливаго романиста, даютъ содержаніе полнымъ захватывающаго интереса повѣстямъ и романамъ. Подготовка преступленія, его выполненіе раскрытіе виновнаго, его борьба противъ уликъ, выставленныхъ правосу-

діемъ,—все это, даже съ своей внѣшней стороны, представляетъ богатый матеріалъ для пытливаго наблюдателя, матеріалъ, достойный изученія [1]).

Но за всякимъ преступнымъ дѣяніемъ стоитъ дѣятель, его воспроизводящій. Еще болѣе интереса отъ внѣшней стороны перейти къ внутренней, разсмотрѣть данное дѣяніе, какъ моментъ проявленія личности, какъ взрывъ давно скоплявшихся элементовъ; отъ изученія событія перейти къ изученію дѣятеля, показать, какъ развивались въ немъ условія преступности, какъ шелъ онъ къ роковому моменту, какое измѣненіе въ его личности произвело выполненіе долго лелѣяннаго преступнаго плана. Величайшіе художники міра нерѣдко дѣлали это развитіе и проявленіе преступности содержаніемъ своихъ безсмертныхъ произведеній: стоитъ вспомнить Макбета—Шекспира, Фіески—Шиллера, Раскольникова—Достоевскаго; въ преступномъ событіи могутъ быть изучаемы любопытнѣйшіе психическіе моменты человѣческой жизни—борьба страстей, столкновеніе характеровъ.

Съ другой стороны, это дѣяніе, какъ проявленіе преступной личности, есть прологъ борьбы государства съ непокорными, вредоносными членами общежитія, есть основаніе для примѣненія къ нимъ извѣстныхъ мѣропріятій, наказаній. Несомнѣнно, что и эта сторона преступнаго дѣянія представляетъ особый спеціальный интересъ, при томъ не только для лицъ, призванныхъ, по ихъ профессіи, принимать активное участіе въ этой борьбѣ, примѣнить къ виновному заслуженную имъ кару закона, но и для всякаго другаго члена общежитія, многосторонними условіями жизни заинтересованнаго этой борьбой и ея исходомъ, заинтересованнаго и тѣмъ, чтобы кривда правду не переспорила, и тѣмъ, чтобы при этомъ торжествѣ правды карающій мечъ правосудія разилъ только виновнаго и разилъ по мѣрѣ его вины. Въ этомъ отношеніи во всякомъ уголовномъ дѣлѣ важно установить тѣ характеристическія черты и признаки дѣянія, тѣ свойства проявленной въ немъ виновности, которыя вводятъ его въ разрядъ запрещенныхъ, которыя служатъ основаніемъ для примѣненія уста-

---

1) Еще съ конца прошлаго столѣтія въ литературѣ уголовнаго права являются отдѣльные труды и цѣлыя изданія, посвященные изложенію наиболѣе выдающихся преступленій и психологическому анализу ихъ виновниковъ. Особенною извѣстностью въ этомъ отношеніи пользуется мастерской трудъ A. Feuerbach, Actenmässige Darstellung merkwürdiger Verbrechen, 2 изд., 1828—1829; собранію важнѣйшихъ процессовъ было посвящено особенное французское изданіе Pitaval'я, Causes célèbres, съ 1734—1743 г.; потомъ нѣмецкое, Der neue Pitaval, съ 1842 г.; Revue des grands procès contemporains, съ 1883 г. У насъ—Василій Новиковъ, Театръ судовѣдѣнія или чтеніе для судей и всѣхъ любителей юриспруденціи, содержащій достопримѣчательныя и любопытныя судебныя дѣла, юридическія изслѣдованія знаменитыхъ правоискусниковъ и прочія сего рода происшествія, удобныя просвѣщать, трогать, возбуждать къ добродѣтели и составлять полезное и пріятное времяпровожденіе, 6 частей 1791—1792 г.; А. Любавскій, Сборникъ русскихъ уголовныхъ процессовъ, 3 т. 1865—1867. Отъ такихъ изданій нужно отличать сборники случаевъ дѣйствительныхъ или выдуманныхъ, составляющіе пособіе для преподаванія, родъ юридическихъ задачниковъ, напримѣръ: Zachariae, Geschichtserzählungen, 1835 г.; Osenbrüggen, Kasuistik des Kriminalrechts, 1854 г.; Rulf, Strafrechtsfälle, 1874 г.; Bar, Strafrechtsfälle, 2 изд. 1875 г.; Kohler, Strafrechtsaufgaben zum Gebrauche bei dem akademischen Strafrechtspractikum 1889 г.; Dochow, Strafrechtsfälle, 5 изд. (v. Liszt) 1895 г.; H. Harburger, Strafrechtspraktikum, 1892 г.; Schultze, Rechtsfälle aus der Praxis des Reichsgerichts, 1891 г.; Frank, Strafrechtliche Fälle zur mündlichen Behandlung, 1897; Н. Сергѣевскій, Казуистика, 2 изд. 1891 г.

новленныхъ за эти дѣянія въ законѣ послѣдствій, примѣненія извѣстнаго рода и мѣры наказанія.

Дѣло и дѣятель—вотъ существенные элементы единичнаго преступнаго дѣянія. Но, отходя отъ отдѣльнаго событія и лица, его учинившаго, разсматривая преступные факты не въ ихъ индивидуальности, а въ ихъ совокупности и послѣдовательности, наблюдательный умъ открываетъ въ нихъ новыя и въ высшей степени важныя стороны для изученія. Прежде всего мы убѣждаемся, что не было народа, не было ни одного фазиса народной жизни, гдѣ бы не существовала общественная борьба съ этими дѣяніями, вредоносными для отдѣльнаго лица или цѣлаго общества, и чѣмъ сложнѣе и разнообразнѣе становится общественная жизнь, тѣмъ разнообразнѣе и ожесточеннѣе становится эта борьба преступнаго съ велѣніями права и закона: ни потоки крови, ни мученія, какія только могло изобрѣсти человѣческое воображеніе, ни кнутъ, ни плети, ни сгноиваніе въ гнѣздилищахъ порока и болѣзней—въ тюрьмахъ стараго времени, ничто не оказалось надежнымъ оплотомъ противъ преступленія. И вотъ, съ цифровымъ отчетомъ о ежегодныхъ числахъ преступныхъ дѣяній въ рукахъ, наука стала изучать преступленіе, какъ соціальное явленіе, было положено основаніе моральной статистикѣ [1]). Съ первыхъ же своихъ шаговъ эти работы установили то положеніе, что изъ-года въ-годъ въ каждой странѣ съ замѣчательнымъ постоянствомъ повторяется одно и то же число преступныхъ дѣяній, что, зная данныя извѣстнаго года, мы можемъ предсказать не только, какое количество убійствъ будетъ совершено въ будущемъ году, но сколько будетъ между убійцами мужчинъ и женщинъ, сколько убійствъ будетъ совершено посредствомъ яда, удушенія, огнестрѣльныхъ ранъ и т. д.,—однимъ словомъ, мы можемъ сказать, какъ это и сдѣлалъ Кетле еще въ 1829 г., въ самомъ первомъ своемъ трудѣ по моральной статистикѣ, что нѣтъ подати, которая уплачивалась бы съ такимъ постоянствомъ, какъ подать, платимая обществомъ тюрьмѣ и эшафоту, что ежегодныя колебанія въ области физическихъ явленій, напр., явленій метеорологическихъ, несравненно превосходятъ колебанія въ области явленій нравственныхъ. Такимъ образомъ въ каждой соціальной средѣ при данныхъ опредѣленныхъ условіяхъ должно совершиться точно опредѣленное число преступныхъ дѣяній, подобно тому, какъ въ опредѣленномъ количествѣ воды опредѣленной температуры можетъ распуститься, не

---

1) Родоначальникомъ моральной статистики считается бельгійскій астрономъ-статистикъ Кетле (Quetelet), съ 1829 г. работавшій въ этомъ направленіи; главнѣйшіе его труды: Sur l'homme et le développement de ses facultés, ou essai de physique sociale, 1835 г.; Du système social et des lois qui le régissent, 1848 г. и въ особенности объемлющее всѣ его предшествующія работы—2-е изданіе перваго труда Physique sociale, 2 тома, 1869 г. Одновременно (въ 1829 г.) съ работами Кетле появились работы французскаго доктора-статистика Герри (Guerry); главный его трудъ: Statistique morale de l'Angleterre, comparée avec la statistique morale de France, 1864 г.; Dufau, Traité de statistique ou théorie de l'étude des lois d'après lequelles se développent les faits sociaux 1890 г.; его же De la méthode d'observation dans son application aux sciences morales et politiques. 1866. Въ Германіи A. Wagner, Die Gesetzmässigkeit in den scheinbar willkührlichen menschlichen Handlungen, 1863 г.; Mayer, Die Gesetzmässigkeit im Gesellschaftsleben, 1877 г.; Oettingen, Die Moralstatistik in ihrer Bedeutung für einen christlichen Socialethik, 3-е изданіе 1883 г.; W. Starke, Verbrechen und Verbrecher in Preussen съ 1854—1878, 1884 г. Ю. Янсонъ. Направленія въ научной обработкѣ нравственной статистики, 1871 г. Подробныя библіографическія указанія у Ferri, La sociologie, стр. 632—643.

*

болѣе и не менѣе, а лишь опредѣленное количество даннаго вещества; это состояніе соціальной среды, примѣняясь къ терминологіи химіи, можно назвать состояніемъ преступной насыщенности (la loi de saturation criminelle Ферри).

Установленіе постоянства преступныхъ дѣяній было только первымъ этапомъ изученія преступленія какъ соціальнаго явленія, результатомъ перваго впечатлѣнія цифръ преступности. Дальнѣйшія наблюденія указали, какъ и надо было ожидать, что идея неподвижности не соотвѣтствуетъ основному закону общественной жизни, неуклонному движенію, и чѣмъ долгосрочнѣе были наблюденія, тѣмъ болѣе подтверждалось другое основное предположеніе моральной статистики—закономѣрность движенія преступности [1]). Появилось стремленіе къ выясненію, путемъ тѣхъ же пріемовъ, соотношенія преступленія съ извѣстными факторами индивидуальной и общественной жизни людей и къ установленію соотношенія видоизмѣняемости соціальной преступности съ видоизмѣняемостью этихъ факторовъ. Появились изслѣдованія зависимости преступныхъ дѣяній отъ условій естественныхъ или космическихъ (климатъ, времена года [2]), измѣненія температуры [3]), и т. п.); отъ условій общественныхъ и экономическихъ (густота и скученность населенія, богатство и бѣдность, колебаніе цѣнъ на хлѣбъ [4]), занятія [5])—въ особенности земледѣльческій трудъ и фабричное производство, развитіе образованія, распространеніе пьянства и проституціи, количество разводовъ, незаконныхъ рожденій и т. п.); отъ условій личныхъ (полъ [6]), возрастъ [7]), народность [8]) и т. п.).

А все это вмѣстѣ привело къ изученію соціальныхъ законовъ, управляющихъ преступными дѣяніями, къ попыткамъ путемъ познанія законовъ

---

1) Статистика указала, что при общемъ ростѣ преступности, такъ, какъ, напр., во Франціи число подсудимыхъ съ 1838 г. по 1887 г. почти удвоилось, одни преступленія тѣмъ не менѣе постепенно уменьшаются, другія растутъ въ пропорціи, много превышающей общій процентъ увеличенія преступности, наконецъ, третьи представляютъ волнообразныя движенія. Интересны въ этомъ отношеніи въ особенности данныя, указывающія на такое видоизмѣненіе даже наиболѣе повидимому устойчивыхъ элементовъ преступности, какъ напр., уменьшающаяся преступность женщинъ: съ 1826—70 г. на общее число преступниковъ 19% женщинъ; съ 1876—80—16%, съ 1881—85—14%, и, наоборотъ, поражающее и крайне грустное возрастаніе преступности молодежи: въ 1831—35 г. на общее число преступниковъ 11% въ возрастѣ отъ 16—21 г., въ 1876—80—14%, 1881—85—16%; ср. Proal, Le crime et la peine 1892 г., стр. 150, 195. Подобное же явленіе констатируетъ и русская статистика. Ср. итоги русской уголовной статистики за 20 лѣтъ (1874—1894), приложеніе къ № 7 Ж. М. Ю. 1899 г.

2) И. Фойницкій. Вліяніе временъ года на распредѣленіе преступленій, въ Суд. журн. 1873 г.

3) A. Ferri, Das Verbrechen in seiner Abhängigkeit von den jährlichen Temperaturwechsel, въ L. Z. за 1892 г.; Colojanni, Oscillations thermométriques et délits contre les personnes, въ Archives, 1886 г.; Ferri, Variations thermométriques et criminalité, Archives, 1887 г.

4) L. Fuld, Der Einfluss der Lebensmittelpreise auf die Bewegung der strafbaren Handlungen, 1881 г.; A. Meyer, Die Verbrechen in ihrem Zusammenhang mit den wirthschaftlichen und socialen Verhältnissen in Kanton Zürich, 1895.

5) Coutagne, De l'influence des professions sur la criminalité. Archives, 1892.

6) И. Фойницкій. Женщина и преступность, 1893 г.; Lombroso und Ferrera, Das Weib als Verbrecherin, übers. v. Kurella, 1894 г.; Nacke, Verbrechen und Wahnsinn bei Weibe, 1894.

7) Н. Неклюдовъ. Уголовно-статистическіе этюды: 1) статистическій опытъ изслѣдованія физіологическаго значенія различныхъ возрастовъ человѣческаго организма по отношенію къ преступленію, 1865 г.

8) Fuld. Das judische Verbrecherthum, 1885 г.; Giese. Die Juden und die deutsche Kriminalstatistik, 1893 г.

преступности найти раціональныя основы для борьбы съ этимъ недугомъ человѣчества. Рядомъ съ діагнозомъ врача, на живомъ организмѣ рисующаго признаки проявившагося недуга, его ходъ и движеніе, сталъ отвлеченный анализъ математика, при помощи теоріи большихъ чиселъ и вѣроятностей, заставляющій мертвыя цифры говорить о законахъ общественной жизни [1]).

Но какъ изученіе условій отдѣльнаго преступленія мало по малу привело къ изученію преступленія, какъ соціальнаго явленія, такъ анализъ личности преступника, личныхъ условій, вліяющихъ на соціальную преступность, естественно вызвалъ стремленіе изучать преступные типы вообще, ихъ психологическія, анатомическія и физіологическія особенности. Такія наблюденія и основанныя на нихъ изслѣдованія появились въ литературѣ уже съ начала нынѣшняго столѣтія, но особенное развитіе это направленіе получило въ настоящее время [2]). Моральная статистика породила уголовную антропологію.

---

1) Ср. Prins, Science, № 39 и сл.

2) Изъ числа болѣе старыхъ трудовъ, посвященныхъ изученію міра преступниковъ, независимо отъ работъ Gall, Spurzheim, Cabanis, слѣдуетъ упомянуть: Fregier, Les classes dangereuses de la population, 1840 г.; Lauvergne, Les forçats, 1841 г.; Attomyr, Theorie der Verbrechen auf der Grundsätze Phrenologie basirt, 1842 г.; Moreau Christophe. Le monde des coquins, 1868 г.; Avé-Lallemannt, Das deutsche Gaunerthum in seiner social-politischen, litterarischen und linguistischen Ausbildung zu seinem heutigen Bestande, 1858—1862 гг.; Valentini, Das Verbrecherthum im preusischen Staate, 1869 г.— Новая антропологическая школа возникла въ Италіи, гдѣ она имѣетъ и наибольшее число сторонниковъ; ея основателемъ признается психіатръ Lombroso съ его главнымъ изслѣдованіемъ L'uomo delinquente, 1 изд. 1876 г.; 4 изд. 1886 г.; (въ 1887 г. его трудъ переведенъ на французскій языкъ Regnier et Bournet съ предисловіемъ Letourneau и на нѣмецкій Fränkel, съ предисловіемъ Кирхенгейма). Его же L'anthropologie criminelle et ces récents progrés. 2-е изд. 1891 г.; его же Genio e follia, русскій переводъ 1885 г.; его же и Laschi, Il delitto politico, нѣмецкій переводъ Curella 1892 г. Изъ итальянскихъ юристовъ-послѣдователей этого направленія: E. Ferri, изъ наиболѣе важныхъ его работъ можно назвать: La teoria della imputabilita, e la negazione del libero arbitrio, 1 изд. 1879 г., 2 изд. 1881 г.; I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale 1 изд. 1881 г., 2 изд. 1884 г.; съ 3-го изданія авторомъ сдѣланъ переводъ на французскій языкъ подъ названіемъ La sociologie criminelle, 1893 г. Хотя Ферри, въ особенности въ послѣднихъ трудахъ, не отрицаетъ значенія и соціальныхъ условій преступности, признавая, напр. въ докладѣ парижскому конгрессу, что всякое преступленіе есть результатъ взаимнаго и недѣлимаго воздѣйствія двоякаго рода причинъ: біологическихъ условій преступника и физическихъ и соціальныхъ условій среды, въ которой родится, живетъ и дѣйствуетъ преступникъ, причемъ взаимное соотношеніе мѣняется не только по родамъ преступленія, но и по отдѣльнымъ формамъ проявленія преступности. Соціальныя условія, по указанію Ферри, вліяютъ главнымъ образомъ на предупредительныя мѣры государства, а біологическія—на наказуемость. Ср. Dallemagne, Théories de la criminalité. ch. XIV. Далѣе Garofalo, Di uno criterio positivo della penalita, 1880 г., а въ особенности его Criminologia, 2 изд. 1891 г.; со второго изданія сдѣланъ переводъ на французскій языкъ въ 1891 г., 2 изд. 1893 г. Для оцѣнки примѣненія взглядовъ школы къ условіямъ движенія общественной жизни, ср. Garofalo, La superstition socialiste, 1895 г. и Ferri, Socialismus und moderne Wissenschaft, перев. Curella, 1895. Нельзя не указать также на составленную совмѣстно всѣми главнѣйшими представителями новой школы—Ломброзо, Ферри, Гарофало и Фіоретти, Polemica in difesa della scuola positiva, 1886 г.; указаніе на другихъ представителей антропологической школы, а именно, какъ Marro, Virgilio и т. д., у Ellis, стр. 46; особенный интересъ представляетъ трудъ Marro. I caràtteri dei delinquenti, 1887. Въ Италіи эта школа имѣетъ въ своемъ распоряженіи три журнала: Archivio di psichiatria, sceinze penali e antropologia criminale; L'anomalo и La scuola positiva. Критическій разборъ трудовъ антропологической школы составляетъ также въ Италіи обширную литературу: ср. въ особенности—L. Luccini, Le droit pénal et les nouvelles théories, 1892 г.; (итальянское заглавіе—I semplicisti del diritto penale, 1886 г.); A. Frassati, La nuova scuola di diritto penale in Italia, ed all stero, 1891 г.; противъ новой школы, однако, выступили почти всѣ наиболѣе выдающіеся совре-

Соціологическія изслѣдованія указывали на существованіе въ каждомъ обществѣ заразы, неминуемо вызывающей преступныя заболѣванія, но, затѣмъ, необходимо было изучить и опредѣлить тѣ особенности, тѣ условія соціологическія, психологическія, физіологическія, а можетъ быть даже и органическія, которыя дѣлали именно извѣстную группу лицъ особенно воспріимчивою къ этой преступной заразѣ. Рядомъ съ изученіемъ статистическихъ данныхъ, цифръ преступленій, появилось изученіе организма живыхъ преступниковъ, сидящихъ въ тюрьмахъ, ихъ анатомическаго строенія, физіологическихъ и психологическихъ особенностей; изслѣдованіе череповъ преступниковъ казненныхъ; патологическихъ явленій предшествовавшей жизни преступниковъ;

менные авторитеты науки уголовнаго права въ Италіи—Carrara, Canonico, Pessina, Buccelati, Brusa, въ его Sul nuovo positivismo giustizia penale, 1887 г.; ср. также Tolomei, I vecchi ed i nuovi orizzonti del diritto penale, 1887 г.; библіографическія указанія статей, относящихся къ антропологической школѣ у Ферри въ его Sociologie criminelle, стр. 595—643. Во Франціи встрѣченная первоначально сочувственно (труды: Le Bon, Bournet, Gauthier, изъ позднѣйшихъ Debierre, Le crâne des criminels, 1895 г.) теорія Ломброзо встрѣтила затѣмъ безпощадную критику въ трудахъ Тарда, указанныхъдалѣе; ср. также Desjardins, La méthode experimentale appliquée au droit pénal en Italie, 1892 г.; X. Francotte, L'anthropologie criminelle, 1892 г.; E. Laurent, L'antropologie criminelle et les nouvelles théories du crime, 1891 г. Наименѣе послѣдователей имѣла въ ея чистомъ видѣ теорія Ломброзо въ Германіи въ особенности между юристами. Къ этому направленію принадлежатъ—Benedikt, Anatomische Studien über Verbrechersgehirne, 1889 г.; Kurella, Naturgeschichte des Verbrechers, 1893 г.; его же Cesare Lombroso und die Naturgeschichte des Verbrechers, 1892 г.; Kirn, Geisterstörung und Verbrechen, 1892 г.; изъ работъ, отрицательно относящихся къ школѣ Ломброзо: въ особенности A. Baer, Der Verbrecher in anthropologischer Beziehung, 1893 г.; пасторъ Iäger, Beiträge zur Losung des Verbrechenproblems, 1896 г.; ср. также Gretener, Ueber die italienische positive Schule des Strafrechts, 1894 г.; его же Cesare Lombroso's Verbrecher von Geburt, 1890; Felisch, Cesare Lombroso's Lehre, G. L., стр. 81—151; H. Haegel, Die Criminalanthropologie въ G. LI стр. 321—414. Въ Англіи—H. Ellis, Verbrecher und Verbrechen, нѣм. перев. Kurella, 1895 г.; у него приведенъ подробный обзоръ сторонниковъ антропологической школы во всѣхъ государствахъ. Болѣе благопріятною оказалась для новой школы Россія, хотя и не въ такомъ объемѣ, какой придалъ ей Garofalo, Di una nuova scuola penale in Russia въ Archives di Psichiatria, 1884 г., который зачислилъ въ ея ряды всѣхъ русскихъ криминалистовъ со мною включительно. Ср. Вульфертъ, Русскіе позитивисты въ уголовномъ правѣ, Ж. М. Ю. 1886 г.; Лихачевъ въ Archives, т. IV. Изъ представителей этого направленія, у насъ, кромѣ психіатровъ (Бѣляковъ, Троицкій, Баженовъ, въ особенности Чижъ), нужно назвать Минцлова, Особенности класса преступниковъ, Ю. В. 1881 г., и главнымъ образомъ Д. Дриля, который посвятилъ разработкѣ этого направленія цѣлый рядъ журнальныхъ статей и отдѣльныхъ монографій: Малолѣтніе преступники (1881—1884), въ особенности выпускъ I; его же Психо-физіологическіе типы въ ихъ соотношеніи съ преступностью и ея разновидностями, 1890 г.; Антропологическая школа и ея критики, Ю. В. 1891 г.; Преступность и преступники, 1895 г. Какъ замѣчаетъ Вульфертъ (II, 556), Дриль даже и послѣ брюссельскаго конгресса продолжаетъ говорить о научныхъ заслугахъ Ломброзо. Подробный разборъ антропологической школы, какъ въ ея основныхъ воззрѣніяхъ, такъ и въ приложеніи къ отдѣльнымъ вопросамъ уголовнаго права у Вульферта, Антропологическая школа уголовнаго права въ Италіи, т. I, 1887 г. и II, 1893 г.; Анучинъ, Изученіе психо-физіологическихъ типовъ, Вѣстникъ Европы, 1890 г.; Обнинскій, Иллюзія позитивизма, Ж. гр. и уг. пр., 1890 г.; Закревскій, Объ ученіяхъ уголовно-антропологической школы, Ж. гр. и уг. пр., 1891 г.; В. Спасовичъ, Новыя направленія въ наукѣ уголовнаго права, Вѣстникъ Европы, 1891 г. Антропологи-криминалисты устроили нѣсколько международныхъ конгрессовъ—въ Римѣ 1885 г., въ Парижѣ 1889 г., въ Брюсселѣ 1892 г., въ Женевѣ 1896 г. и въ Антверпенѣ въ 1901 г.; подробный обзоръ конгрессовъ у Дриля, Преступность и преступники, глава вторая. Послѣдніе конгрессы, и въ особенности брюссельскій, были, впрочемъ, похоронами «преступнаго человѣка» Ломброзо; въ Брюссель даже не явились итальянскіе адепты scuola nuova. Ср. замѣтку Tarde въ Archives, VII, стр. 7; о брюссельскомъ конгрессѣ подробная статья Rosenfeldt въ L. Z. XIII, стр. 161—205; о женевскомъ ср. Archives, 1896 г.

различныхъ данныхъ относительно ихъ семей и родичей, которыя, путемъ наслѣдственности, могли вліять на позднѣйшія поколѣнія и т. п. Какъ и уголовная соціологія, антропологія преступниковъ не ограничилась только собираніемъ данныхъ и ихъ упорядоченіемъ, она претендуетъ уже на значеніе научной системы, не только устанавливая категоріи преступниковъ, соотвѣтственно условіямъ, толкающимъ ихъ на преступный путь, но и пытаясь указать естественно-историческіе признаки отдѣльныхъ преступныхъ типовъ—убійцъ, изнасилователей, воровъ, политическихъ преступниковъ, и даже признаки типа человѣка—преступника вообще [1]). Вмѣстѣ съ тѣмъ она думаетъ дать научныя объясненія существованія такого типа въ современномъ обществѣ, хотя объясненія, даваемыя сторонниками этого направленія, представляются въ высшей степени различными.—Одни видятъ въ преступности проявленіе нравственнаго вырожденія, результатъ наслѣдственности и подбора родичей, результатъ тяжелыхъ экономическихъ и соціальныхъ условій извѣстной среды, или даже особую разновидность душевно-больныхъ; другіе находятъ въ преступникѣ несомнѣнные признаки проявленія соціальнаго переживанія, атавизма, и при томъ или физическаго или моральнаго: преступникъ это первобытный дикарь въ современномъ обществѣ, идущій въ разрѣзъ съ требованіями закона, созданнаго чуждою ему соціальною средою. Одни прилагаютъ эту характеристику ко всѣмъ преступникамъ, другіе дѣлятъ преступниковъ на классы, признавая эти признаки свойственными только одной группѣ—преступникамъ прирожденнымъ [2]).

Но независимо отъ изученія преступленій, какъ событій текущей жизни, какъ явленій соціальнаго порядка, или какъ продукта органическихъ особенностей извѣстныхъ лицъ, несомнѣнно не только возможна, но и существенно важна другая обработка того же матеріала, изученіе его, какъ основы проявленія карательной дѣятельности государства. Преступленіе, какъ дѣяніе, воспрещенное закономъ подъ страхомъ наказанія, какъ событіе, опредѣляющее примѣненіе кары, заключаетъ въ себѣ типическія черты, отличающія его отъ другихъ жизненныхъ явленій; оно входитъ въ область правовыхъ отношеній, возникающихъ между членами общежитія или между цѣлымъ обществомъ и отдѣльными гражданами; оно видоизмѣняетъ существующія юридическія отношенія, ниспровергаетъ или колеблетъ права, или охраненные правомъ интересы; оно создаетъ новыя отношенія между учинившимъ такое дѣяніе и пострадавшимъ, а въ особенности между преступникомъ и государствомъ. Это возникшее вслѣдствіе преступленія отношеніе государства къ преступнику въ свою очередь представляется сложнымъ. Разнообразная дѣя-

---

1) Dubuisson въ Archives, 1887 г., № 8 стр. 126, замѣчаетъ: антропологическая школа не довольствуется измѣреніемъ череповъ и хочетъ изучить всего живого преступника: она взвѣшиваетъ, мѣритъ, изслѣдуетъ его скелетъ, его мускулатуру, его различные органы; она сравниваетъ между собой различныя части его тѣла, наблюдаетъ каждыя малѣйшія аномаліи, изучаетъ его мускульную силу, его нервную воспріимчивость, его чувствительность, его болѣзни; наконецъ, она изслѣдуетъ его умственныя и нравственныя способности, его привычки, его вкусы; этимъ путемъ итальянская школа приходитъ къ созданію типа преступника.

2) Схему различныхъ теорій, объясняющихъ проявленіе преступнаго типа въ современномъ обществѣ, см. у Ферри, Sociologie, стр. 65. Обзоръ и разборъ построеній антропологической школы будетъ сдѣланъ далѣе, при изложеніи ученія объ объектѣ карательной дѣятельности.

тельность, направленная къ удостовѣренію учиненія даннымъ лицомъ преступнаго дѣянія, установленіе его виновности и осужденіе, порядокъ опредѣленія, соотвѣтственно закону, рода и мѣры отвѣтственности, выборъ законодателемъ извѣстныхъ карательныхъ мѣръ, годныхъ для дѣйствительной охраны общественнаго порядка и спокойствія, распредѣленіе этихъ мѣръ, какъ кары за отдѣльныя дѣянія, сообразно ихъ важности и свойствамъ, наконецъ, самое выполненіе этихъ мѣръ, въ особенности, напр., лишенія свободы и т. д., все это даетъ не только разнообразный, но во многихъ отношеніяхъ и своеобразный жизненный юридическій матеріалъ, систематическое изученіе котораго вполнѣ пригодно дать содержаніе самостоятельной отрасли юридическихъ наукъ—уголовному праву, отрасли, по преобладающему характеру изучаемыхъ имъ отношеній: преступленія, какъ посягательства на общественный и государственный укладъ жизни, и наказанія, какъ одного изъ видовъ охранительной дѣятельности государства, входящей въ группу наукъ, изучающихъ публичное право.

2. Съ какой же точки зрѣнія должно быть изучаемо преступное дѣяніе въ настоящемъ курсѣ, посвященномъ уголовному праву, какъ особой отрасли правовѣдѣнія? Отвѣтъ, повидимому, подсказывается самымъ вопросомъ: уголовное право, какъ одна изъ юридическихъ наукъ, должно, конечно, имѣть своимъ предметомъ изученіе преступныхъ дѣяній, какъ юридическихъ отношеній. До послѣдняго почти времени это положеніе считалось сакраментальнымъ въ наукѣ, но теперь появляются голоса противъ такого съуживанія задачи изученія; появляются требованія поставить въ наукѣ уголовнаго права на первый планъ не юридическую, а соціально-антропологическую сторону.

Такъ, изъ русскихъ криминалистовъ, еще болѣе двадцати пяти лѣтъ тому назадъ, задолго до возникновенія антропологической школы, г. Духовской, въ своей вступительной лекціи, [1]), высказалъ мысль, что уголовное право занимается изслѣдованіемъ того *явленія въ общественномъ строѣ*, которое называлось и называется преступленіемъ. Изслѣдуя это явленіе, наука, конечно, не могла не замѣтить съ перваго же взгляда, что преступленіе есть явленіе аномальное, а поэтому должна была приступить къ изслѣдованію причинъ этого явленія и къ указанію черезъ это средствъ для его искорененія. Вслѣдствіе этого, прибавляетъ онъ, я считаю положительно невѣрнымъ взглядъ на уголовное право, какъ на науку, изучающую только преступленіе и налагаемое за него наказаніе [2]).

---

1) М. Духовской. Задача науки уголовнаго права, 1872 г. Обстоятельный разборъ этихъ попытокъ сдѣланъ проф. Сергѣевскимъ въ статьѣ: Преступленіе и наказаніе, какъ предметъ юридической науки, въ Ю. В. за 1879 г.; его же, Пособія, стр. 14 и сл., его же Das Verbrechen und die Strafe als Gegenstand der Reichswissenschaft L. Z. I. стр. 221 и сл.; Garraud, Rapports du droit pénal et la sociologie criminelle, въ Archives 1866 г.; Liszt, § 1, Strafrecht und Criminalpolitik; Frassati, Die Stellung des Strafrechts und die neuen Bestrebungen, G. XLIX, стр. 1—27.

2) Къ такому же упраздненію уголовнаго права приходитъ, собственно говоря, и Ферри, такъ какъ (стр. 14) онъ говоритъ: «нельзя допустить никакого союза между уголовнымъ правомъ и уголовною антропологіею; она требуетъ совершенно новыхъ методовъ изслѣдованія, несовмѣстныхъ съ, господствующимъ; между ними нѣтъ средняго пути: или нужно изслѣдовать преступленіе, какъ отвлеченную юридическую сущность (Entitas), или какъ явленіе соціальное и естественное. Ср. его-же

Еще чаще слышатся подобныя мнѣнія среди не спеціалистовъ: пора бросить схоластическое направленіе, котораго до сихъ поръ держалось уголовное право, и, вмѣсто формы, изучать содержаніе, вмѣсто безпочвенныхъ метафизическо-юридическихъ построеній, заняться разработкою сущности дѣйствительныхъ явленій и законовъ, ими управляющихъ.

Болѣе умѣренные предлагаютъ, не устраняя изъ курсовъ уголовнаго права изученія юридической стороны преступленія, тѣснѣе слить это изученіе съ соціологическими и антропологическими изслѣдованіями, сдѣлать предметомъ уголовнаго права изученіе преступнаго дѣянія и преступника вообще, т. е. съ точки зрѣнія юридической, соціальной и біологической [1]).

Попытка замѣны уголовнаго права уголовною соціологіею и антропологіею, или, другими словами, попытка полнаго упраздненія уголовнаго права, какъ науки юридической, едва ли нуждается въ подробномъ опроверженіи, такъ какъ за таковымъ упраздненіемъ откуда же будутъ почерпать изучающіе и примѣняющіе законы юристы, къ упраздненію пока не предполагаемые, свѣдѣнія о томъ, что и какъ запрещается закономъ подъ страхомъ наказанія, а съ другой стороны, въ силу такого упраздненія, уголовная соціологія и уголовная антропологія потеряютъ свою почву, утратятъ признаки, выдѣляющіе предметъ ихъ изслѣдованія изъ области соціологіи и антропологіи вообще. Но второе предложеніе заслуживаетъ бо̀льшаго вниманія, хотя, думается мнѣ, и оно должно быть отвергнуто. Соединеніе въ одну единую науку соціологическаго, антропологическаго и юридическаго изслѣдованія преступленія и преступника теоретически не соотвѣтствовало бы основнымъ началамъ классификаціи отдѣльныхъ отраслей знанія, а практически послужило бы только ко взаимному вреду разработки этихъ отдѣльныхъ отраслей изслѣдованія, такъ какъ онѣ разнятся и по методамъ или пріемамъ изученія матеріала и по преслѣдуемымъ ими цѣлямъ.

Ставя отправною точкою изслѣдованія извѣстное преступное дѣяніе, юристъ различаетъ его признаки, отдѣляетъ конкретные, индивидуальные отъ общихъ, свойственныхъ извѣстному типу преступленій, и эти типическіе признаки дѣлаетъ предметомъ изученія, устанавливая съ возможною точностью опредѣленіе дѣяній, воспрещенныхъ закономъ подъ страхомъ наказанія; онъ изучаетъ какъ преступное дѣяніе вообще, такъ и его виды въ ихъ понятіи. Соціологъ, изслѣдуя тѣ же признаки преступныхъ дѣяній, останавливается не на ихъ значеніи для сформированія юридическихъ понятій, а на ихъ жизненной важности, на ихъ повторности, тождественной или измѣняющейся, на ихъ соотношеніи съ другими данными соціальной и даже индивидуальной жизни, съ тѣмъ, чтобы путемъ такихъ сопоставленій выяснить колебаніе, возростаніе или упадокъ преступленій, распредѣленіе ихъ по мѣстно-

---

La justice pénale, 1898. В. Есиповъ во второмъ изданіи своего «Очерка русскаго уголовнаго права» доходитъ даже до такого опредѣленія уголовнаго права, что «это прежде всего наука о человѣкѣ, о способахъ возрожденія нравственно падшаго человѣка»; казалось бы, при такомъ опредѣленіи нѣтъ никакого основанія оставлять такую науку въ циклѣ наукъ юридическихъ; на стр. 2, авторъ и признаетъ ее наукой соціально-нравственною, наукою о нравственно больномъ падшемъ человѣкѣ, но, еще далѣе (стр. 14), уголовное право опредѣляется уже, какъ наука о преступленіи и преступникахъ, наказаніи и наказываемыхъ.

1) Ср. М. Чубинскій, Общая характеристика новыхъ ученій въ уголовномъ правѣ, 1898.

стямъ, соотношеніе ихъ съ поломъ, возрастомъ и т. д. Какъ же соединить въ одно цѣлое столь разные пріемы изслѣдованія? Предметъ, изучаемый юристомъ, есть преступное дѣяніе, какъ конкретное проявленіе извѣстнаго типа преступнаго посягательства на требованія авторитетной воли, а предметъ, изучаемый соціологіей,—есть преступное дѣяніе, какъ выраженіе одного изъ законовъ, заправляющихъ общественною жизнью. Для юридическаго изученія одинаковое значеніе имѣетъ каждое отдѣльное дѣяніе, съ большею или меньшею полностью воспроизводящее типъ; для соціолога отдѣльное дѣяніе почти безразлично, онъ оперируетъ только надъ повторными, массовыми явленіями, и его выводы тогда только имѣютъ цѣну, когда въ основу ихъ положено изученіе ряда однородныхъ, точно установленныхъ данныхъ; соціологъ пользуется законами большихъ чиселъ, приложеніемъ теоріи вѣроятностей, т. е. пріемомъ, излишнимъ для юридической разработки вопроса, точно такъ же, какъ не нужны для соціолога пріемы юридической техники при толкованіи данныхъ, при конструкціи понятій.

Также различны и отношенія юриста и антрополога къ предмету ихъ изученія. Останавливаясь на лицѣ, учинившемъ преступленіе, юристъ изслѣдуетъ тѣ черты его характера, тѣ данныя его настоящаго и прошлаго, которыя могутъ опредѣлять свойства и характеръ проявленной имъ вины и зависящей отъ нея степени и мѣры отвѣтственности. Антропологъ, изслѣдуя отдѣльнаго преступника, ставитъ предметомъ изученія тѣ анатомическія, физіологическія или психологическія данныя, которыя, въ виду ихъ повторности, въ силу ихъ соотношенія съ подобными же данными, встрѣчающимися у населенія извѣстной страны вообще, или въ извѣстныхъ его классахъ, могутъ служить для объясненія уклоненія того или другого индивидуума отъ требованій закона.

Для антрополога, такъ же, какъ и для соціолога, отдѣльные случаи имѣютъ сравнительно ничтожное значеніе: соотвѣтственно общему методу естественныхъ наукъ, его выводы получаютъ цѣну, когда они подтверждаются рядомъ данныхъ или ихъ соотношеніемъ съ другими твердо установленными фактами науки. Преступникъ для него не душа живая, согбенная, можетъ быть, подъ непосильными тяготами жизни и ждущая заслуженной или иногда только видимо заслуженной кары закона, а простая любопытная разновидность изучаемаго типа, предметъ, пригодный для демонстрированія извѣстныхъ научныхъ положеній.

Столь разнствуя относительно пріемовъ изученія, эти области изслѣдованія преступныхъ дѣяній отличаются и по ихъ цѣли [1]).

«Цѣль юридическаго изслѣдованія», замѣчаетъ пр. Сергѣевскій (Юр. в. стр. 887 и слѣд.), «прямо вытекающая изъ задачъ его, трояка: во-1-хъ, дать руководство судебной практикѣ для подведенія частныхъ, въ жизни встрѣчающихся случаевъ, подъ общее положеніе, выраженное въ законѣ, во-2-хъ,

---

1) Чубинскій, в. с. стр. 8, находитъ это возраженіе несущественнымъ на томъ основаніи, что весь вопросъ и заключается во внесеніи въ науку уголовнаго права новаго метода; но Чубинскій не обратилъ вниманія, что Сергѣевскій, какъ и я, не только указываемъ на разницу методовъ, но и на непримѣнимость метода криминологіи къ теоретическому и практическому изученію уголовнаго права, какъ науки юридической.

дать руководство законодателю для правильнаго построенія закона; въ-3-хъ, посредствомъ изученія исторіи положительнаго уголовнаго права дать ключъ къ уразумѣнію и оцѣнкѣ дѣйствующаго права въ его цѣломъ и частностяхъ. Наоборотъ, соціологическое изслѣдованіе не имѣетъ никакихъ спеціальныхъ практическихъ цѣлей; соціологъ стремится къ одному: опредѣлить значеніе и мѣсто преступленія въ ряду другихъ явленій соціальной жизни, слѣдовательно, стремится къ разрѣшенію задачи, общей всѣмъ соціологическимъ изысканіямъ: прослѣдить и формулировать законы развитія человѣческаго общежитія. Этимъ кончается задача соціолога; добытыя имъ положенія принимаются другими науками, имѣющими практическія цѣли, за отправныя точки, за руководство для дальнѣйшихъ изслѣдованій въ извѣстномъ спеціальномъ направленіи». То же нужно сказать и объ изслѣдованіяхъ антропологическихъ. Тамъ, гдѣ кончается работа соціолога или антрополога, иногда только начинается работа юриста. Соціологу удалось подмѣтить зависимость посягательствъ на собственность отъ временъ года, отъ пониженія температуры, уловить связь престарѣлаго возраста съ наклонностями къ растлѣнію малолѣтнихъ или къ любострастнымъ дѣйствіямъ съ ними, а затѣмъ криминалисту предстоитъ установить,—имѣетъ-ли значеніе это соотношеніе, и какое именно, для наказуемости такихъ посягательствъ, установить зависимость отъ нихъ мѣры отвѣтственности и т. п. Съ другой стороны, если работа юриста, направленная къ точному выясненію признаковъ, отдѣляющихъ, напр., дѣтоубійство отъ убійства вообще, даетъ значительное подспорье и для работы соціолога, то какое же прямое значеніе будетъ имѣть для него тщательная разработка признаковъ, опредѣляющихъ подсудность преступнаго дѣянія, порядокъ его преслѣдованія и т. д. [1]).

Но указанное различіе метода и цѣли изслѣдованія, съ необходимостью вызывающее отдѣльное изученіе юридической и соціальной или біологической природы преступныхъ дѣяній, конечно не равносильно отрицанію значенія трудовъ по соціологіи преступленій и антропологіи преступниковъ для изученія уголовнаго права, какъ юридической науки, отрицанію всякой связи между ними [2]). Какъ мнѣ не разъ придется указывать далѣе, преступное дѣяніе не есть абстрактная формула, а жизненное понятіе, дѣяніе, вредное или опасное для лица и общества, а потому и воспрещенное закономъ; карательная дѣятельность государства не есть логическое послѣдствіе, самодовлѣющее проявленіе карающей Немезиды, а цѣлесообразная дѣятельность, направленная къ осуществленію общей государственной задачи—содѣйствовать всемѣрно личному и общественному развитію, а потому необходимымъ под-

---

1) Ср. Д. Набоковъ, Содержаніе и методъ науки уголовнаго права, Ж. юр. об., 1896 г. № 12.

2) И въ этомъ отношеніи не правъ М. Чубинскій, стр. 4, упрекая представителей классическаго направленія въ противорѣчіи; также напрасно полагаетъ молодой авторъ, въ его талантливомъ очеркѣ, что старая теорія сводила преступность исключительно къ злой волѣ преступника, игнорируя другіе источники преступленій, и что только новая школа поставила девизомъ, лучше предупреждать; чѣмъ карать. Этому противорѣчитъ вся исторія науки уголовнаго права XIX столѣтія, въ особенности его перваго критическаго періода. Говоря pro domo suo, могу сослаться еще на мое изслѣдованіе о повтореніи преступленій, стр. 29 и сл. Также не новою школою поставленъ вопросъ о грозномъ значеніи рецидива и о необходимости усиленія мѣръ борьбы съ растущимъ числомъ преступленій. Ср. напр. изъ шестидесятыхъ годовъ труды Bonneville de Marsangy.

спорьемъ для оцѣнки жизнепримѣнимости существующихъ нормъ уголовнаго права и мѣръ государственной борьбы съ преступленіями, для опредѣленія направленія дальнѣйшихъ реформъ, должно быть изслѣдованіе той роли, которую играютъ преступленіе и наказаніе въ соціальной жизни; условій, содѣйствующихъ или препятствующихъ развитію преступности, тѣхъ типическихъ особенностей, которыя проявляетъ классъ преступниковъ и съ которыми имѣетъ дѣло государственное правосудіе.

Поэтому, хотя соціологическія изслѣдованія преступленія еще далеки отъ установленія не только законовъ, но и болѣе или менѣе твердо установленныхъ началъ, опредѣляющихъ движеніе преступности, ея зависимость отъ космическихъ, біологическихъ и соціальныхъ условій, хотя самый матеріалъ, надъ которымъ работаетъ моральная статистика, представляется и крайне неполнымъ и во многихъ отношеніяхъ не достаточно пригоднымъ для научной обработки, въ особенности благодаря разнородности юридическихъ опредѣленій отдѣльныхъ кодексовъ, и зависящаго отъ того различія въ объемѣ однородныхъ преступленій [1]), хотя съ особенною осторожностью нужно относиться къ дальнѣйшей обработкѣ этихъ цифръ, къ раскрытію выражаемыхъ ими законовъ міровой жизни, такъ какъ каждая цифра является показателемъ различнаго взаимоотношенія космическихъ, соціальныхъ и индивидуально-человѣческихъ условій, разнствующихъ и по ихъ относительному вліянію и по ихъ неизбѣжности и неподвижности, тѣмъ не менѣе и нынѣ нельзя не отмѣтить уже значительнаго вліянія, оказаннаго изученіемъ этой стороны преступленія на уголовное право. Пересмотръ всего ученія о вмѣняе-

---

1) Ср. о матеріалахъ уголовной статистики любопытную статью Oetingen, Ueber die methodische Erhebung und Beurtheilung kriminalistischer Daten въ L. Z., за 1881 г.: Aschrott, Erhebung und Verwehrtung statistischer Daten auf dem Gebiete der Strafrechtspflege, L. Z., 1885 г.; Würzburger, Die Vergleichbarkeit kriminal-statistischer Daten, въ Jahrb. f. die National oekonomie, 1887 г. и въ L. Z., 1888 г. Въ особенности безпочвенны выводы о условіяхъ и законахъ общественной жизни, къ сожалѣнію встрѣчающіеся во многихъ изъ лучшихъ изслѣдованій по моральной статистикѣ, изъ валовыхъ цифръ преступности и ихъ движенія. Не надо забывать, что цифры дѣйствительно учиненныхъ преступленій не совпадаютъ съ цифрами преступленій обнаруженныхъ и еще болѣе съ цифрами судимыхъ и осужденныхъ преступниковъ; равнымъ образомъ, видоизмѣненіе суммы преступленій во времени далеко не всегда выражаетъ ростъ или вымираніе ихъ, а весьма часто вполнѣ объясняется измѣненіями уголовнаго законодательства, процесса. Шаткость полученныхъ выводовъ возрастаетъ въ геометрической прогрессіи, когда работы идутъ надъ цифрами международной статистики, когда сравниваются, складываются, выводятся среднія, подчасъ изъ показателей разныхъ наименованій, такъ сказать, показателей объема и вѣса. Ср. любопытныя указанія на шаткость обобщеній этого рода въ большомъ трудѣ Proal, Le crime et la peine, 1892. Нельзя также не указать на доказывающую малоустойчивость моральной статистики брошюру Poletti, Il sentimento nella szienza del diritto, 1882, въ которой онъ разбираетъ между прочимъ повидимому наиболѣе твердое ея положеніе—ростъ преступности во Франціи, удвоеніе ея съ 1838 г. Полетти даже полагаетъ, что такъ какъ въ основу такихъ выводовъ нельзя класть ни валовую цифру преступныхъ дѣяній, ни даже цифру, приведенную въ соотношеніе съ ростомъ населенія, а слѣдуетъ принять взаимное соотношеніе количества созидающихъ преступное столкновеніе интересовъ, то придется сказать, что преступность не только не возрастаетъ, а уменьшается. Если въ 1830 г., говоритъ онъ, было, положимъ, 5 крушеній желѣзнодорожныхъ поѣздовъ, а въ 1890 г. ихъ 100, то нельзя еще утверждать, что поѣздо-крушимость и соединенная съ нею опасность передвиженія увеличилась въ 20 разъ, не принявъ во вниманіе общее ежегодное число поѣздовъ въ сравниваемые года; если же окажется, что въ 1830 г. ихъ было 1,000, а въ 1870—200,000, то несомнѣнно, что поѣздо-крушимость за это время не возросла, а уменьшилась въ 10 разъ.

мости и созданіе новой формулы вмѣненія, переходящей уже и въ законодательства, своеобразная постановка ученія о повторяемости преступленій и его наказуемости, наконецъ, всѣ измѣненія системы карательныхъ мѣръ и порядка отбытія наказанія, въ значительной степени обязаны своимъ возникновеніемъ соціологическому изученію преступленія; наконецъ, предпринятое соціологическою школою изученіе условій, содѣйствующихъ или ограничивающихъ развитіе преступности населенія, оплодотворяющихъ или погашающихъ наклонность къ преступленію въ данную эпоху, въ данной средѣ, дало основаніе болѣе разумной постановкѣ уголовной, если можно такъ выразиться, гигіены [1]).

Менѣе значенія пока представляютъ работы антропологической школы, даже ея корифеевъ. Причина этого лежитъ не только въ недостаткахъ матеріала, въ малочисленности и иногда поверхностности наблюденій, которыя кладутся въ основу изслѣдованій [2]), не только въ невѣроятномъ стремленіи къ обобщенію случайныхъ непровѣренныхъ данныхъ, при полномъ пренебреженіи къ работамъ предшественниковъ, особенно старой, называемой ими классическою, школы, къ даннымъ исторіи уголовнаго права, но въ значительной

---

1) Уголовная гигіена, говоритъ Prins, Science, стр. 25, указываетъ много средствъ предупрежденія преступленій, между которыми прежде всего онъ ставитъ: экономическую политику, доставляющую трудящемуся населенію дешевую пищу; законодательныя постановленія о жилищахъ рабочихъ, обезпечивающія неимущимъ помѣщенія за умѣренную цѣну, съ хорошимъ воздухомъ, свѣтомъ, водою, такою обстановкою, которая не заставляла бы сожалѣть ни о трактирѣ или кабакѣ, ни объ одиночной комфортабельной кельѣ-тюрьмѣ; профессіональные союзы, доставляющіе современному рабочему все хорошее, дававшееся ему общинною жизнью прежняго времени, то есть взаимный надзоръ и взаимную помощь; правильную организацію благотворительности, гарантирующую помощь дѣйствительно нуждающимся, а не лѣнтяямъ, ненавистникамъ труда; законодательныя постановленія о страхованіи рабочихъ отъ болѣзней, несчастныхъ случаевъ, дряхлости; борьбу съ алкоголизмомъ, этимъ неизсякаемымъ источникомъ преступности; защиту, физическое и нравственное воспитаніе безпризорной молодежи; народное обученіе, въ особенности профессіональное, различное въ деревняхъ и центрахъ промышленности; борьбу съ порочною печатью, отравляющею народную душу; постоянныя усилія воспрепятствовать городамъ притягивать всю энергію страны, стремленіе содѣйствовать усиленію сельскаго населенія, улучшенію его быта, улучшенію земледѣльческаго труда, укрѣпленію кустарной промышленности и т. п. Нужно, однако, съ грустью прибавить, что всѣ эти указанные Принсомъ примѣры разумной народной гигіены, въ большей ихъ части, не относятся къ Россіи; мы все еще ищемъ, забывая уроки прошлаго, средствъ борьбы съ преступностью въ возможномъ приниженіи и обезличеніи подвластныхъ и въ концентраціи силы въ мѣстныхъ органахъ власти, увы, нерѣдко ничѣмъ непросвѣтленныхъ.

2) Особенно сильныя нападенія на работы Ломброзо и его сторонниковъ дѣлаются въ этомъ отношеніи естествоиспытателями и антропологами, какъ въ литературѣ, такъ и на конгрессахъ, напр., на второмъ парижскомъ; нѣкоторые, какъ напр. Монтегацца, отрицаютъ у Ломброзо даже способность работать по опытному методу. Знаменитый патологоанатомъ Flechsig (die Grenzen geistiger Gesundheit und Krankheit, 1896) характеризуетъ методъ Ломброзо по отношенію къ современному естествознанію проявленіемъ атавизма. Ср. Д. Зерновъ, Критическій очеркъ анатомическихъ основаній теоріи Ломброзо, 1896 г. Даже и нѣкоторые соціологи, какъ Колоянни, не особенно почтительно говорятъ о методѣ Ломброзо, характеризуя его не особенно научнымъ пріемомъ: вали въ кучу, а тамъ видно будетъ. Ср. Ellis, стр. 44. Большой интересъ въ отношеніи провѣрки значенія выставленныхъ антропологическою школою естественно-историческихъ признаковъ преступнаго человѣка представляетъ трудъ Бера, Der Verbrecher in anthropologischer Beziehung, 1893. Весьма вѣрная оцѣнка научнаго значенія трудовъ Ломброзо въ статьѣ Д.—Цезарь Ломброзо, какъ ученый и мыслитель, Русская Мысль 1895 г. №№ 6—8; Радловъ, Цезарь Ломброзо и уголовная антропологія, въ Русскомъ Богатствѣ 1892 г.

степени и въ самой неопредѣленности преслѣдуемой ими задачи, въ силу смѣшенія представленій о естественномъ понятіи «зловредности» и условномъ понятіи «преступности». Попытки установить естественно-историческіе признаки человѣка-преступника, охватывающіе и убійцъ, и воровъ, и нарушителей законовъ о печати, и виновниковъ различныхъ акцизныхъ нарушеній; попытки схватить общія біологическія черты лицъ, объявившихъ войну государственному строю той или другой страны и т. д., или даже лицъ, по самымъ разнообразнымъ побужденіямъ посягнувшихъ на жизнь другихъ, представляются не только безцѣльными, но даже вредными и въ теоретическомъ и въ практическомъ отношеніи, приводя, какъ будетъ указано далѣе, къ неправильной постановкѣ самаго вопроса о принципѣ карательной дѣятельности государства.

Однако, несмотря на это, и антропологическое направленіе внесло уже извѣстный вкладъ въ уголовное право, указавъ на невозможность принять за основу репрессіи отвлеченный типъ преступника вообще, обративъ вниманіе на необходимость классификаціи преступниковъ, въ интересахъ цѣлесообразной репрессіи (acute und chronische Kriminalität по выраженію Листа); стоитъ вспомнить, напр., вызванный имъ къ жизни институтъ условныхъ приговоровъ для лицъ, случайно впавшихъ въ преступленіе, постановку репрессивныхъ мѣръ вообще [1]). Такимъ образомъ, изученіе преступленія, какъ соціальнаго явленія, и антропологическое изученіе преступника составляютъ отрасли знанія, восполняющія уголовное право, какъ юридическую науку, а не сливающіяся съ нимъ, являясь составными частями самостоятельныхъ наукъ соціологіи и антропологіи [2]). Знакомство съ этими трудами, въ особенности

---

1) Liszt, Aufgaben, L. Z., IX, замѣчаетъ, что не итальянская антропологія научила насъ, что государство наказываетъ людей, а не понятія,—объ этомъ говорила литература уголовнаго права еще въ XVIII столѣтіи, но она настойчиво напоминаетъ намъ объ этомъ. Развитіе наукъ соціальныхъ, говоритъ Гарро (Traité № 2 и сл.), неминуемо привело и къ изученію преступленія, какъ соціальнаго явленія, какъ со стороны свойствъ лица, его совершающаго, такъ съ точки зрѣнія среды, въ которой оно возникаетъ. Явившаяся слѣдствіемъ такихъ изслѣдованій, уголовная соціологія имѣетъ троякую задачу: 1) изученіе міра преступниковъ (du monde de la criminalité) въ его настоящемъ и въ его исторіи; 2) изслѣдованіе причинъ, производящихъ преступленіе, и 3) оно намѣчаетъ организацію средствъ борьбы съ преступленіемъ. Но относясь къ одному предмету—преступленію и преступнику, уголовное право и соціологія смотрятъ на него съ различныхъ точекъ зрѣнія, подъ различными углами Тѣмъ не менѣе взаимодѣйствіе ихъ несомнѣнно: законодатели прежняго времени имѣли въ виду отвлеченнаго преступника, и съ его типическими чертами соразмѣряли отвѣтственность,— соціологія показываетъ черты не отвлеченнаго, а дѣйствительнаго преступника, тѣмъ самымъ побуждая законодателя будущаго индивидуализировать и уголовную отвѣтственность. Наконецъ, это изученіе преступника и факторовъ преступности дастъ основанія соціологіи строить систему мѣръ предупрежденія преступленія и борьбы съ нимъ, въ особенности съ факторами индивидуальными, профилаксію и терапевтику преступленій, важность которыхъ для всякой законодательной реформы вполнѣ очевидна, и въ особенности дастъ основаніе для различія мѣръ взысканій противъ лицъ, неподдающихся карательному воздѣйствію, и противъ лицъ, пригодныхъ для таковаго.

2) Нѣкоторые французскіе писатели на этомъ основаніи отъ понятія «le droit pénal» отличаютъ понятіе «les sciences pénales», включая въ послѣднее, рядомъ съ юридическимъ изученіемъ преступленія, и изученіе преступнаго типа и преступленія, какъ явленія соціальнаго; но въ такомъ случаѣ получается не органическое соединеніе, а простое механическое сопоставленіе изслѣдованій, относящихся къ различнымъ отраслямъ знанія. Liszt (въ 5-мъ изд.), § 1, дѣлитъ науку уголовнаго права на двѣ отрасли: 1) изслѣдованіе государственныхъ постановленій о наказуемости извѣстныхъ дѣяній,

съ работами уголовной соціологіи, необходимо для криминалиста; развитіе ихъ обусловливаетъ прогрессъ уголовнаго права, но изученіе этихъ сторонъ преступности не можетъ устранить необходимости и важности изученія преступнаго дѣянія съ юридической точки зрѣнія [1]).

разработку преступленія и наказанія, какъ обобщенныхъ понятій, связанныхъ другъ съ другомъ логическимъ отношеніемъ условія и послѣдствія, и 2) уголовную политику, изслѣдующую преступленіе, какъ дѣяніе, направленное на государственный правовой порядокъ, и наказаніе, какъ средство борьбы съ нимъ, связанныя не логическимъ соотношеніемъ понятій, а началами цѣлесообразности. (Въ 7-мъ изданіи онъ называетъ ученіе о преступленіи и его причинахъ общимъ именемъ Kriminologie). Уголовная политика въ свою очередь распадается на двѣ части: 1) криминологію—изучающую преступленіе въ его фактическомъ проявленіи и созидающихъ причинахъ, объемлющую біологію преступленій (анатомію и физіологію или уголовную соматологію, и уголовную психологію), изучающую преступленіе, какъ проявленіе индивидуальныхъ условій преступности и уголовную соціологію, изслѣдующую преступленіе, какъ продуктъ общественной жизни, и 2) пенологію — т. е. изслѣдованіе наказанія, какъ средства борьбы съ преступленіемъ. Но въ самый учебникъ Листъ не вводитъ изложенія уголовной политики, а ограничивается только юридической стороной предмета. Ср. также его Aufgaben, IX, стр. 455 и сл. и его вступительную лекцію въ берлинскомъ университетѣ L. Z. XX, стр. 161. Vargha, Abschaffung der Strafknechtschaft, 2 изд. 1896—1897 дѣлитъ (т. I «Die natur-wissenschaftliche Methode der Kriminologie, стр. 173) криминологію или криминалистику, т. е. ученіе о сущности, формахъ и факторахъ преступленія, равно какъ о законахъ природы, которые обусловливаютъ и опредѣляютъ его причины и послѣдствія, на три части: 1) уголовную антропологію, распадающуюся на уголовную біологію и уголовную соціологію; 2) уголовное право и 3) уголовную политику. Уголовное право онъ опредѣляетъ (стр. 186), какъ науку о государственныхъ правоохранительныхъ средствахъ противъ преступности; уголовное право онъ раздѣляетъ на предупредительное или уголовное полицейское право и карательное или уголовное право въ тѣсномъ смыслѣ, которое опять распадается: а) на матеріальное право или ученіе о преступныхъ проявленіяхъ воли и законномъ составѣ преступленій и о карательныхъ средствахъ; б) формальное или процессъ и в) ученіе о порядкѣ исполненія наказанія. Ср. у R. de la Grasserie. Criminologie, ch. I, Des définitions et des grandes divisions de la criminologie, стр. 11—45.

1) Въ этомъ отношеніи особенно важное значеніе имѣютъ работы бельгійско-французскихъ ученыхъ этого направленія—Prins, Criminalité et répression, 1880; его же La criminalité et l'état social, 1890; Science pénale 1899; работы Жоли, охватывающія все ученіе о преступленіи и наказаніи: Le crime, 1889; La France criminelle, 1889; Le combat contre le crime, 1890; изложеніе и разборъ теоріи Жоли у Сіоницкаго „Моралистическое направленіе въ уголовномъ правѣ. Сборникъ правовѣдѣнія т. IV, стр. 224, 295; труды Тарда—La criminalité comparée, 1891; La philosophie pénale, 1891; Etudes pénales et sociales, 1892; La logique sociale, 1895; Essais et mélanges sociologiques, 1895; отчасти Corre, Les criminels, 1889; Crime et suicide, 1891; L'éthnographie criminelle, 1894; Aubry, La contagion du meurtre, 1894; Corre et Aubry, Documents de criminologie rétrospective, 1895; Hamon, La responsabilité, Archives XII, стр. 601; Raoul de la Grasserie, Des principes sociologiques de la criminologie 1901, — различіе школъ сводитъ къ признанію или отрицанію началъ детерминизма. Grasserie въ своемъ трудѣ дѣлаетъ обзоръ общихъ ученій уголовнаго права, съ точки зрѣнія тѣхъ измѣненій, которыя вноситъ въ нихъ новое направленіе, въ особенности подробно изложенъ у него отдѣлъ о вліяніи новыхъ ученій на законную теорію обстоятельствъ, опредѣляющихъ родъ и мѣру отвѣтственности. Представителемъ этого же направленія является талантливѣйшій изъ новыхъ профессоровъ уголовнаго права во Франціи—Garraud, какъ въ его монографіяхъ, Le problème de criminalité, 1889, и др., такъ и въ капитальномъ трудѣ—Traité de droit pénal français 1888—1891. Органомъ этого направленія отчасти является основанный въ 1886 г. въ Лионѣ par Garraud et Lacassagne Archives de l'anthropologie criminelle et des sciences pénales. Въ Италіи къ этой группѣ относятся труды представителей такъ называемой третьей школы (въ противоположность классической и антропологической): Alimena, Naturalismo critico e diritto penale. 1892; Cornevale, Critica penale, 1889; Una terza scuola di diritto penale, 1891; отчасти къ этой же группѣ относится Colojanni, La sociologia criminale, 1889. Ср. Rosenfeldt, Die dritte Schule въ Mittheilungen международнаго союза уголовнаго права IV B, январь 1893. Въ Германіи важнѣйшимъ представителемъ этой группы, хотя все болѣе и болѣе переходящимъ въ антропологическую школу, является одинъ изъ

Поэтому предметомъ курса уголовнаго права должно быть изученіе юридической конструкціи преступныхъ дѣяній и вызываемой ими карательной дѣятельности государства, изученіе совокупности нормъ, опредѣляющихъ наказуемость преступныхъ дѣяній, а предметомъ курса русскаго уголовнаго права—изученіе дѣйствующихъ въ Россіи постановленій о преступныхъ дѣяніяхъ и ихъ наказуемости, какъ вообще, такъ и въ отдѣльныхъ родахъ и видахъ [1]).

Само-собою разумѣется, что юридическое изученіе преступнаго дѣянія не можетъ ограничиваться изученіемъ только самаго дѣянія, забывая личность, его учинившую; свойства и качества преступника опредѣляютъ условія вмѣненія, вліяютъ на установленіе размѣра наказанія, напр., при повтореніи, несовершеннолѣтіи, и т. д.; даже принятая въ нашемъ уложеніи формула: «виновный... наказывается», указываетъ на то, что примѣняемое наказаніе имѣетъ непосредственное отношеніе къ лицу; но не трудно видѣть, что эта личность входитъ въ область уголовно-правовыхъ изслѣдованій только потому, что она проявляется въ преступномъ дѣяніи, и лишь постолько, посколько она проявляется въ этомъ дѣяніи. Поэтому предметомъ уголовнаго права и центромъ изученія является преступное дѣяніе, а не «преступность», дѣятельность личности, а не сама личность [2]).

выдающихся современныхъ ученыхъ, профессоръ Liszt въ Lehrbuch, а въ особенности въ монографіяхъ—Kriminalistische Aufgaben въ Zeitschrift съ 1889—1890 гг.; R. Schmidt, Aufgabe der Strafrechtspflege, 1895; Lammasch, Aufgaben der Strafrechtspflege въ L. Z. XV; спеціальнымъ органомъ этого направленія въ Германіи является, основанная Листомъ въ 1881 г. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. Разработка этого направленія уголовнаго права составляетъ главную задачу основаннаго въ 1889 г. Liszt, Hamel и Prins Internationale kriminalistische Vereinigung (международный союзъ для разработки уголовнаго права), считавшаго къ 1 января 1901 г. 830 сочленовъ, принадлежащихъ къ 25 государствамъ. Въ числѣ основныхъ положеній общества стоитъ: наука уголовнаго права и уголовные законы должны считаться (а не замѣняться или сливаться) съ антропологическими и соціологическими изслѣдованіями о преступности и преступникахъ. Ср. Сліозбергъ, Новое соціологическое направленіе въ уголовномъ правѣ, Ж. гр. и уг. пр. 1888. Изъ русскихъ криминалистовъ стоитъ на этой точкѣ зрѣнія—Вульфертъ, Сергѣевскій, Спасовичъ, въ сущности и Фойницкій; эти же воззрѣнія положены и въ основу настоящаго курса. Ср. также прекрасную статью Краковскаго профессора Макаревича, Classicismus und Positivismus in der Strafrechtswissenschaft. L. Z. XVIII стр. 601 и сл.

1) Такое опредѣленіе содержанія уголовнаго права отдѣляетъ его и отъ уголовнаго процесса, какъ совокупности нормъ, опредѣляющихъ судебный порядокъ установленія преступности и наказуемости отдѣльныхъ дѣяній. Впрочемъ, прежніе криминалисты, какъ Фейербахъ, Грольманъ, Генке, включали уголовный процессъ въ общее понятіе уголовнаго права, и въ настоящее время французскіе писатели въ учебникахъ уголовнаго права излагаютъ общія начала процесса.

2) Противоположное положеніе было высказано въ нашей литературѣ пр. Фойницкимъ въ его статьѣ: Уголовное право, его предметъ, его задачи, напечатанной въ судебномъ журналѣ за 1873 г. «На входныхъ дверяхъ науки уголовнаго права, говоритъ авторъ, мы читаемъ, что его предметъ есть не преступленіе, а преступность, т. е. состояніе лица, вызывающее нарушеніе юридическихъ отношеній, охраняемыхъ карою, и подтверждаемое совершеніемъ въ мірѣ юридическаго порядка разнообразныхъ измѣненій, составляющихъ выраженіе его, преступленіе же входитъ въ уголовное право лишь потому, что оно составляетъ выраженіе преступности; въ область уголовнаго права входятъ условія преступности, т. е. анализъ разнообразныхъ явленій, имѣющихъ въ своемъ результатѣ юридическое состояніе преступности, и наконецъ въ область уголовнаго права входитъ и изученіе преступленія въ его послѣдствіяхъ, т. е. анализъ тѣхъ юридическихъ отношеній, которыя наступаютъ для лица вслѣдствіе преступности—эти отношенія извѣстны подъ именемъ наказанія». Тотъ же взглядъ повторяетъ авторъ и въ введеніи въ его ученіе о наказаніи, 1889 г., опредѣляя уголовное право, какъ науку о личномъ состояніи преступности, въ его выраженіяхъ—преступныхъ дѣяніяхъ, въ его условіяхъ—кос-

Преступное дѣяніе, какъ юридическое отношеніе, заключаетъ въ себѣ два отдѣльные момента: отношеніе преступника къ охраняемому закономъ юридическому интересу—преступленіе, и отношеніе государства къ преступнику, вызываемое учиненнымъ имъ преступнымъ дѣяніемъ — наказаніе; поэтому и уголовное право можетъ быть конструировано двояко: или на первомъ планѣ ставится преступное дѣяніе, по отношенію къ которому кара или наказаніе является болѣе или менѣе неизбѣжнымъ послѣдствіемъ, или же впередъ выдвигается карательная дѣятельность государства, и преступное дѣяніе разсматривается только какъ основаніе этой дѣятельности. Отсюда и двойственное названіе науки: jus poenale и jus criminale, droit pénal, droit criminel, Strafrecht и Criminalrecht; только нашъ юридическій языкъ не

мическихъ, общественныхъ, индивидуальныхъ, и въ его послѣдствіяхъ—наказаніяхъ, указывая затѣмъ, что «преступность», а не «преступленіе» должно быть и объектомъ карательной дѣятельности государства. Разборъ послѣдняго положенія будетъ сдѣланъ далѣе, при изложеніи ученія о наказаніи; данное же уважаемымъ авторомъ опредѣленіе содержанія науки составляетъ въ сущности перефразъ положенія, защищаемаго крайними представителями антропологической школы (противъ коихъ полемизируетъ, однако, авторъ), но въ неопредѣленномъ обликѣ. Уголовное право будетъ изучать состояніе преступности, т. е. условія, въ силу коихъ и среди коихъ создается преступникъ, выраженія этой преступности и даже ея послѣдствія, т. е. будетъ изучать не только психологическія, психіатрическія, анатомическія, физіологическія, но и этнографическія, географическія, экономическія, метеорологическія и т. п. данныя, среди хаоса которыхъ затеряется, конечно, изслѣдованіе юридической природы «выраженія преступности». Осуществленіе такой задачи, особенно при университетскомъ преподаваніи, было бы не только непосильнымъ бременемъ, но, думается мнѣ, вредно отразилось бы на обработкѣ и изученіи предмета, какъ всякое безсистемное, а потому по необходимости диллетантское изложеніе свѣдѣній, собранныхъ изъ самыхъ разнообразныхъ областей знанія. Сторонники такого измѣненія объекта изученія уголовнаго права нерѣдко ссылаются на примѣръ медицины, которая сдѣлалась наукою только тогда, когда вмѣсто «болѣзни» стала изучать «больного»; но не надо забывать, что болѣзнь есть несомнѣнно патологическое состояніе извѣстнаго организма, а этотъ выводъ по отношенію къ преступленію есть еще thema probandi, утвердительное разрѣшеніе которой болѣе чѣмъ спорно. Съ другой стороны, какъ справедливо замѣтилъ Lucchini (глава 2-ая Le crime et le criminel, стр. 72—91), положеніе, что объектъ леченія есть не болѣзнь, а больной, приведетъ лишь къ доктринѣ универсальныхъ средствъ. Меркель въ учебникѣ, § 10 стр. 24, по поводу попытки замѣнить въ уголовномъ правѣ понятіе преступнаго дѣянія понятіемъ опасности, какъ проявленія преступности, замѣчаетъ, что для каждаго, кто сколько нибудь знаетъ и понимаетъ содержаніе уголовнаго права (etwas von diesem kennt und verstanden hat), это воззрѣніе находится въ полномъ противорѣчіи съ современнымъ уголовнымъ правомъ и ведетъ не къ преобразованію, а къ полному его устраненію, къ замѣнѣ уголовнаго права административнымъ съ полицейскимъ характеромъ. Ср. Schmidt, l. c. Профессоръ В. Есиповъ, въ его очеркѣ уголовнаго права, возлагаетъ на науку еще болѣе трудную задачу: изучать съ классическою школою—преступленіе, а съ позитивною—преступника, не въ видѣ отдѣльныхъ отраслей знанія, а какъ единую и повидимому юридическую науку, такъ какъ онъ отдѣляетъ уголовныя—антропологію, соціологію и статистику, какъ науки вспомогательныя, отъ уголовнаго права (стр. 15). Въ самый очеркъ общей части у него введено противоположеніе отдѣловъ: преступникъ и преступленіе, наказаніе и наказуемые; но что же попало въ эти новые отдѣлы? Въ отдѣлъ о преступникахъ: 1) понятіе преступленія, различіе грѣха, безнравственности и преступленія, виды неправды; 2) ученіе о субъектѣ преступленія, объ отвѣтственности юридическихъ лицъ, ученіе о вмѣняемости и причинахъ, ее устраняющихъ, ученіе о соучастіи, о повтореніи и совокупности; 3) личное состояніе преступника, а именно: ученіе объ умыслѣ и неосторожности,—вотъ и все, и притомъ въ томъ же объемѣ и даже порядкѣ, какъ во всякомъ старомъ учебникѣ. Казалось бы, знакомыя все лица и береговъ Америки не видно, но авторъ говоритъ (стр. 8), что старая школа упускаетъ изъ вида преступную личность, и это пополненіе есть заслуга новой школы...

знаетъ такой двойственности и употребляетъ одинъ терминъ «уголовное право».

Въ кодексахъ на первомъ планѣ обыкновенно стоитъ карательная дѣятельность государства,—система наказаній, а потому и въ тѣхъ учебникахъ или руководствахъ, которые стремятся главнымъ образомъ дать только научную обработку извѣстнаго кодекса, весь матеріалъ располагается по второй системѣ, т. е. на первый планъ ставится наказаніе; но при болѣе свободномъ отношеніи къ законодательному матеріалу, казалось бы удобнѣе принять первую группировку, какъ соотвѣтствующую естественному порядку возникновенія этихъ юридическихъ отношеній, преступленія и наказанія; этотъ порядокъ принятъ мною и въ настоящемъ трудѣ [1]).

3. Признавая предметомъ уголовнаго права преступленіе и наказаніе, какъ юридическіе институты, мы еще не предрѣшаемъ вопроса о методахъ изученія этихъ институтовъ [2]).

Понятно, что вопросъ о методахъ изученія права относится къ общей теоріи права, такъ какъ въ этомъ отношеніи право уголовное не представляетъ чего либо исключительнаго; нельзя однако не замѣтить, что въ его литературѣ съ большею рельефностью, чѣмъ въ литературѣ другихъ спеціальныхъ отраслей правовѣдѣнія, выразилась борьба двухъ противоположныхъ способовъ изслѣдованія: отвлеченнаго или метафизическаго и положительнаго.

Изслѣдованія перваго порядка пытались вывести всѣ положенія теоріи преступленія и наказанія путемъ исключительно дедуктивнымъ, изъ a priori установленнаго понятія о преступномъ, о существѣ карательной дѣятельности, объ условіяхъ гарантіи личности и т. д., независимо отъ дѣйствительно существующихъ юридическихъ отношеній данной страны. Иногда это направленіе ограничивалось только болѣе или менѣе безпощадною критикою существующаго во имя отвлеченныхъ принциповъ справедливости, общаго блага, личной свободы, а иногда эти работы переходили и въ попытки положительнаго характера, выражаясь въ построеніи системъ уголовнаго права, общаго всѣмъ народамъ, лишеннаго какой либо національной окраски, даже въ попыткѣ

---

1) Въ нѣмецкихъ учебникахъ обыкновенно различается: уголовное право въ объективномъ смыслѣ, понимая подъ нимъ совокупность положеній о преступныхъ дѣяніяхъ и ихъ наказуемости, и уголовное право въ субъективномъ смыслѣ, т. е. юридическую властность или право государства воспрещать извѣстныя дѣянія подъ страхомъ наказанія и примѣнять къ учинившимъ таковыя дѣянія наказаніе; Ср. Liszt, § 1 пр. 1; H. Meyer, § 6; Finger § 1, а въ особенности Binding, Handbuch, стр. 477; послѣдній кладетъ понятіе уголовнаго права въ субъективномъ смыслѣ въ основу всей систематики общей части, отдѣляя отъ него понятіе права на возбужденіе уголовнаго преслѣдованія, Strafklagerecht. Необходимость такого дѣленія основывается на томъ, что въ нѣмецкомъ языкѣ оба эти понятія выражаются однимъ общимъ терминомъ—«Strafrecht»; на русскомъ языкѣ для понятія права уголовнаго въ субъективномъ смыслѣ существуетъ спеціальное выраженіе «право наказывать», или «карательное право» и ученіе о немъ входитъ въ общее изложеніе уголовнаго права.

2) Ср. Н. Сергѣевскій, Философскіе пріемы и наука уголовнаго права, въ Ж. гр. и уг. пр. за 1879 г. и его же, Современныя задачи уголовнаго законодательства въ Россіи, тамъ же за 1883 г.; Пособія, § 1, Содержаніе и задачи науки уголовнаго права; Бѣлогрицъ—Котляревскій, Задачи и методъ науки уголовнаго права. Ю. В. 1892 г. стр. 41 и сл.

начертанія проектовъ кодексовъ, основанныхъ исключительно на началахъ разума, на принципахъ права естественнаго. Въ особенности много работъ отвлеченнаго направленія находимъ мы въ германской литературѣ: достаточно сказать, что каждая крупная философская система имѣла ревностныхъ послѣдователей и въ авторахъ учебниковъ уголовнаго права [1]).

Направленіе положительное беретъ за отправную точку своихъ изслѣдованій реально существующія уголовно-правовыя отношенія и строитъ не только ученіе объ отдѣльныхъ видахъ преступныхъ дѣяній, но и общее ученіе о преступленіи и наказаніи на основаніи постановленій того или другаго уголовнаго законодательства, данныхъ практики, положеній обычнаго права и т. д. Этотъ положительный характеръ изученія права нынѣ представляется преобладающимъ. «Уголовное право, говоритъ Гольцендорфъ (Руководство § 4), посколько оно соединено съ бытіемъ, волею и дѣйствіемъ государственной власти, повсюду необходимо имѣетъ положительный и національный характеръ. Поэтому естественное уголовное право въ отдѣльномъ государствѣ такъ же не можетъ имѣть практическаго значенія, какъ и всемірное уголовное право, принадлежащее всему человѣчеству и примѣняемое повсюду, безотносительно къ той или другой территоріи» [2]).

Но отношеніе положительнаго метода изученія къ изучаемому матеріалу можетъ также имѣть различные оттѣнки.

Оно можетъ стоять въ полномъ подчиненіи этому матеріалу, въ рабской зависимости отъ него: вся задача изслѣдователя ограничивается только разъясненіемъ статей или фрагментовъ, ихъ экзегезою, сопоставленіемъ отдѣльныхъ положеній, устраненіемъ противорѣчій и т. д.

Или оно можетъ заключаться въ научной обработкѣ существующаго права, въ отвлеченіи отъ этого матеріала общихъ началъ и въ построеніи этимъ путемъ системы даннаго права, въ установленіи догмы права.

Или же, наконецъ, рядомъ съ научною обработкою права въ его изученіе можетъ быть введена и критическая оцѣнка дѣйствующаго права и притомъ съ двоякой точки зрѣнія: его устойчивости и его жизнепригодности.

Устойчивость правовыхъ нормъ провѣряется по преимуществу условіями ихъ историческаго развитія. Право создается народною жизнью, живетъ

---

1) Такъ, Binding, Handbuch, § 2, говоритъ о нѣмецкой литературѣ: «Новая наука уголовнаго права, исторически разсматриваемая, есть отпрыскъ философіи. Новыя относительныя теоріи объ основаніи и цѣли наказанія несомнѣнно произошли отъ философіи естественнаго права: и одна другую поглощающія философскія системы великихъ нѣмецкихъ мыслителей знаменуютъ столько же періодовъ нѣмецкой науки уголовнаго права. Было бы чрезвычайно интересно для исторіи догмы прослѣдить мѣру этой зависимости; довольно указать на соотношеніе между Кантомъ и Фейербахомъ, между Гегелемъ съ одной и Абеггомъ, Кестлиномъ, Бернеромъ и Гельшнеромъ съ другой, между Гербартомъ и Краузе и ихъ послѣдователями криминалистами (Гейеръ, Рёдеръ)». Ср. также Binding, Problem der Strafe § 49. Весьма интересный разборъ послѣдняго крупнаго труда чисто метафизическаго направленія профессора Гельшнера сдѣланъ Меркелемъ въ статьѣ: Ueber das gemeine deutsche Strafrecht von Hälschner und den Idealismus in der Strafrechtswissenschaft въ L. Z. за 1881 г.

2) Въ Германіи провозвѣстникомъ и выдающимся представителемъ этого направленія былъ знаменитый Гейдельбергскій профессоръ Миттермайеръ въ его многочисленныхъ трудахъ по праву и процессу; позднѣе профессоръ Гольцендорфъ.

*

и видоизмѣняется вмѣстѣ съ нею; поэтому понятно, что прочными могутъ оказаться только тѣ положенія закона, въ которыхъ выразились эти исторически сложившіяся народныя воззрѣнія: законъ, не имѣющій корней въ историческихъ условіяхъ народной жизни, всегда грозитъ сдѣлаться эфемернымъ, сдѣлаться мертвою буквою. Историческая оцѣнка всякаго новаго закона является однимъ изъ первыхъ пріемовъ критическаго анализа права. Не нужно забывать, однако, что историческая почвенность есть только одно, но не единственное условіе жизненнаго значенія закона; не нужно забывать, что исключительно историческая оцѣнка всякаго законодательнаго движенія, всякой реформы, легко можетъ сдѣлаться тормазомъ народнаго развитія. Какъ замѣтилъ еще Росси, «исключительно историческое направленіе страдаетъ часто двумя погрѣшностями, весьма естественными у лицъ, постоянно направляющихъ свои помыслы къ тому, чтобы понять и разъяснить прошлое. Первая погрѣшность—это стремленіе все признавать и все оправдывать, что мы находимъ въ законахъ прошлаго, какъ будто наши предки никогда не дѣлали ошибокъ, какъ будто они никогда не отступали отъ принциповъ, выработанныхъ ихъ собственною цивилизаціею. Другая погрѣшность—это стремленіе сдѣлать послѣднее состояніе законодательства не отправною точкою дальнѣйшаго развитія, а совершеннымъ идеаломъ возможно лучшаго въ этомъ мірѣ [1])».

Въ особенности въ этомъ отношеніи съ осторожностью нужно относиться къ продуктамъ правового творчества позднѣйшихъ эпохъ, когда право вырабатывается уже не непосредственно самимъ народомъ, а выдѣлившимися изъ него элементами; все равно, будутъ ли факторами праворазвитія дьяки, въ приказахъ посѣдѣлые, или чиновники въ вицъ-мундирахъ. Почему, дѣйствительно, произвольное, случайное, можетъ быть даже совершенно нелѣпое для современниковъ въ правѣ XVII и XVIII вѣковъ, становится твердымъ, незыблемымъ и разумнымъ для насъ, идеаломъ и цѣлесообразнаго и справедливаго? Можетъ ли то обстоятельство, что извѣстное правовое положеніе встрѣчается въ полномъ собраніи законовъ, а не въ послѣднемъ изданіи свода, уже само по себѣ давать перевѣсъ первому надъ послѣднимъ? Не учитъ ли насъ та же исторія права, что вымираютъ не только формы правовыхъ институтовъ, но и ихъ содержаніе: рѣка временъ въ своемъ стремленіи уноситъ не только всѣ дѣла людей, но иногда и двигающіе ими принципы; бываетъ наслѣдье, отказъ отъ котораго составляетъ обязанность передъ человѣчествомъ. Особенно односторонняя можетъ быть исключительно историческая оцѣнка права у криминалистовъ, имѣющихъ дѣло съ наиболѣе измѣнчивою и наиболѣе поддающеюся преобразованіямъ и личнымъ вліяніямъ областью права. «Въ правѣ, какъ замѣчаетъ Іерингъ, нѣтъ понятія, которое могло бы въ культурно-историческомъ значеніи соперничать съ понятіемъ наказанія: ни въ одномъ правовомъ инсти-

---

[1]) Къ какому рабскому подчиненію буквѣ закона, мертвящему всякое правовое развитіе, можетъ привести исключительно историческое направленіе, примѣромъ служитъ пр. Loening въ его, во многихъ отношеніяхъ чрезвычайно любопытной, монографіи: Ueber geschichtliche und ungeschichtliche Behandlung des deutschen Strafrechts въ L. Z. III (1883 г.). См. по поводу его у Binding, Handbuch, стр. 4 пр. 1. Какъ справедливо замѣтилъ Кирульфъ: «исключительно историческое направленіе также отрѣшается отъ практической почвы современности, какъ и доктрина естественнаго права».

тутѣ не отражается съ такою яркостью народная мысль, чувства и нравы современной ему эпохи». Гдѣ же намъ, нервно-разстроеннымъ продуктамъ XIX вѣка,—намъ, пріобщившимся волею или неволею къ общему гуманистическому развитію человѣчества, мечтать о карательныхъ идеалахъ нашихъ предковъ, о дыбѣ и застѣнкѣ, о рваніи ноздрей и нещадномъ битьѣ кнутомъ, объ урѣзаніи языка и четвертованіи [1]).

Поэтому теоретикъ, изучающій право, а въ особенности законодатель, его реформирующій, не отрекаясь безъ нужды и повода отъ наслѣдья предковъ, долженъ всегда имѣть въ виду и другой критерій оцѣнки правовыхъ положеній, ихъ жизнепригодность [2]). Изъ жизни для жизни—вотъ тотъ девизъ, который долженъ быть начертанъ на знамени законодателя. Уголовное право, замѣчаетъ Prins, болѣе, чѣмъ всякая другая область права, должно быть одеждою, сшитою по мѣркѣ, но въ то же время, прибавлю я, одеждою, соотвѣтствующею тому, для чего ее шьютъ: идеально сшитый фракъ или бальное платье окажутся непригодными при работѣ за плугомъ или верстакомъ, или при доеніи коровъ, и уже во всякомъ случаѣ не замѣнятъ тулупа или шубы зимою. Даже въ борьбѣ съ аномальными явленіями, съ преступностью, законодатель не долженъ забывать, что онъ служитъ общей цѣли государства—развитію народной жизни, а тѣмъ самымъ и общему прогрессу человѣчества, осуществленію его идеаловъ. Кровавый призракъ отдѣльныхъ злодѣяній, какъ бы глубоко они ни потрясали нравственное чувство каждаго, не долженъ заволакивать твердый и спокойный взглядъ законодателя, устремленный въ будущее.

Конечно, при подобной оцѣнкѣ на первомъ планѣ должно стоять національное значеніе правовыхъ положеній: не для удивленія или восхваленія со стороны чужеземцевъ создаются законы, а для удовлетворенія потребностей страны. Но и полное отчужденіе отъ права другихъ народовъ, отъ ихъ историческаго правового опыта, отъ вѣковой работы человѣчества, было бы пагубно для національнаго развитія права. Во всякомъ правѣ, а слѣдовательно и въ нашемъ, рядомъ съ моментомъ національности существуетъ и моментъ всеобщности; не можетъ какой либо, обладающій зачатками дальнѣйшаго развитія жизни, народъ противоположить себя человѣчеству: такое отчужденіе отъ живущаго есть признакъ вымиранія жизни. «Жизнь народовъ, какъ прекрасно высказалъ это Іерингъ, не можетъ быть однимъ изолированнымъ сосѣдствомъ; но, какъ и жизнь каждаго индивидуума въ государствѣ, она является

---

1) Ср. Garraud № 57.

2) Полное пониманіе дѣйствующаго права, замѣчаетъ Биндингъ (Handbuch, 2, пр. 15), неизбѣжно ведетъ и къ уразумѣнію его противорѣчій, недостатковъ, неполноты. Но такое полное пониманіе никогда не можетъ быть достигнуто историческимъ обслѣдованіемъ права, а дается провѣркою права жизнью, для которой оно предназначено; другими словами, практически-догматическимъ изученіемъ права. Windscheid, Wille und Willenserklärung 1878 г., стр. 9, говоритъ: право должно существовать не ради самого себя и не ради наслажденія, которое доставляетъ его познаніе; оно должно удовлетворять человѣческимъ потребностямъ, оно должно содѣйствовать достиженію человѣческихъ цѣлей. Birkmeyer въ G. 1886 г. стр. 216, замѣчаетъ: какъ наука практическая, юриспруденція обязана считаться съ потребностями практики и жизни. Ср. также Ihering, Scherz und Ernst in Jurisprudenz, 1884 г.

общеніемъ, системою взаимнаго соприкосновенія или воздѣйствія, мирнаго или враждебнаго, дачею и полученіемъ, займомъ и ссудою, короче, величественнымъ обмѣномъ, охватывающимъ всѣ стороны человѣческаго бытія; тотъ же законъ, который управляетъ матеріальною жизнью, дѣйствуетъ и въ жизни духовной: жизнь есть полученіе извнѣ и внутреннее усвоеніе; воспринятіе и переработка—вотъ двѣ фундаментальныя функціи, на которыхъ покоится бытіе и равновѣсіе всего существующаго, здоровье каждаго живого организма. Прекратить воспріятіе извнѣ и предоставить организму развиваться только изъ себя, значитъ убить его: развитіе только изъ себя, разложеніе начинается въ трупѣ... Ни одинъ народъ не существуетъ лишь ради себя, но одновременно и ради другихъ: всѣ другіе народы міра имѣютъ право на соприкосновеніе съ нимъ. Не всякая почва производитъ все, не всякій народъ способенъ на все. Но эта неполнота отдѣльнаго сглаживается взаимопомощью, обмѣномъ: законченность воспроизводится только въ цѣломъ, въ общеніи».

Такимъ образомъ, задачею положительнаго изученія должно быть не только догматическое выясненіе и изложеніе началъ дѣйствующаго права, но и критическая ихъ оцѣнка, на основаніи данныхъ практики и началъ науки, на основаніи опыта другихъ народовъ и отечественной исторіи права [1]).

Преобладаніе того или другого элемента, догматическаго или критическаго, зависитъ отъ того состоянія, въ которомъ находится въ данный моментъ законодательство страны. Появленіе новаго полнаго кодекса всегда выдвигаетъ на первый планъ работы чисто догматическія, и наоборотъ, чѣмъ болѣе устарѣло законодательство, чѣмъ сильнѣе сознается необходимость его реформы, тѣмъ болѣе преобладаютъ и въ литературѣ даннаго права работы критическія [2]).

4. Указанное различіе методовъ разработки уголовнаго права подтверждается и обозрѣніемъ его литературы [3]).

Уголовное право, какъ наука, возникло только у новыхъ народовъ: даже римскіе юристы не дали ни одного систематическаго изслѣдованія по уголовному праву; отдѣльные фрагменты по этимъ вопросамъ мы встрѣчаемъ только въ 47 и 48 книгахъ дигестъ.

Открытіе юридическихъ факультетовъ въ Италіи также не придало самостоятельнаго значенія уголовному праву, такъ какъ вездѣ, не исключая Болонскаго университета, вопросы уголовнаго права излагались въ общемъ курсѣ римскаго права, какъ экзегеза «libri terribiles» пандектъ, или 9-й книги кодекса и послѣдней книги институцій. Даже великій переворотъ въ юриспруденціи въ началѣ XVI вѣка, начавшійся подъ вліяніемъ французскихъ юристовъ, и въ главѣ ихъ Куяція, время замѣны глоссы такъ называемымъ методическимъ (систематическимъ) изученіемъ права, появленіе работъ гуманистическаго направленія, все это осталось безъ особеннаго вліянія на уголовное право потому, какъ замѣчаетъ Штин-

---

[1]) Весьма вѣрныя замѣчанія въ этомъ отношеніи сдѣланы Листомъ въ его разборѣ руководства Биндинга въ L. Z. 1886 г.

[2]) Любопытное доказательство представляетъ новѣйшая германская литература. Послѣ изданія кодекса 1872 г., въ теченіе первыхъ пятнадцати лѣтъ въ ней преобладали работы чисто догматическія, но съ половины восьмидесятыхъ годовъ выдвигается и растетъ направленіе критическое.

[3]) Подробно изложенъ этотъ отдѣлъ въ курсѣ А. Кистяковскаго, §§ 15—19 «Главнѣйшіе моменты исторіи науки уголовнаго права; Stintzing, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, 1880 и 1884 г. XIV глава; а также у Bar, Handbuch, стр. 112 и сл.; у Haus, № 15 и сл.; Loening, L. Z. III, прим. 1.; Günther, Wiedervergeltung, II, стр. 74, 268.

цингъ, что эта отрасль права представляла мало практическаго интереса сравнительно съ правомъ гражданскимъ, вслѣдствіе незначительнаго участія ученыхъ юристовъ въ уголовномъ правосудіи той эпохи.

Древнѣйшій трудъ, дошедшій до насъ отъ конца XIII столѣтія, спеціально посвященный уголовному праву, принадлежитъ итальянскому писателю Альберту Гандину,—Liber de maleficiis (Haus полагаетъ, что написано въ 1262 г., а по изслѣдованію L. Gandini (G. 1885), въ 1285 г.; напечатано въ 1-й разъ въ 1491 г.) [1]); изъ XIV столѣтія слѣдуетъ упомянуть сочиненіе Якова Бельвизія (умеръ 1335 г.), Practica criminalis, получившая у позднѣйшихъ писателей прозвище «aurea»; изъ XV столѣтія трудъ Ангелуса Аретина, Tractatus de maleficiis (написанъ около 1437 г., но напечатанъ въ первый разъ—по указанію Гюнтера, въ 1470 г.) [2]).

Болѣе обстоятельная разработка уголовнаго права начинается только съ XVI столѣтія; къ этому же времени появляются въ Тюбингенскомъ и Іенскомъ университетахъ отдѣльные курсы по этому предмету.

Въ литературѣ уголовнаго права XVI и XVII вѣковъ господствовало вліяніе двухъ школъ—итальянской и голландской. Изъ итальянскихъ писателей по тому авторитету, которымъ они пользовались, заслуживаютъ особеннаго упоминанія: Юлій Кларъ (умершій въ 1575 г.) съ его сочиненіями Practica criminalis, 1560 г. и Sententiae recepti (перв. изд. 1565, послѣднее 1739), и теперь еще цитируемыми итальянскими юристами, и Просперъ Фаринаціи (умеръ 1613 г.; полное собраніе его сочиненій въ 9 томахъ напечатано во Франкфуртѣ 1597—1616 гг. и въ Ліонѣ въ 1634). Фаринаціи пользовался особенною извѣстностью у французскихъ писателей и даже нынѣ, какъ напр., въ трудахъ Эли, постоянно цитируется, какъ представитель средневѣковой юриспруденціи [3]).

Изъ голландцевъ особенно популярными были: Дамгудеръ (умеръ 1581 г.) съ его сочиненіемъ Praxis rerum criminalium, 1554 г. (по указанію Haus было изданіе въ 1551), переведеннымъ на языки голландскій, нѣмецкій, итальянскій и французскій и имѣвшимъ огромное количество изданій (Haus № 18), и Антонъ Маттеи (умеръ 1654 г.), представитель mos Gallicus, въ противоположность mos Italicus, съ его сочиненіемъ De criminibus, ad lib. 47 и 48 Dig. commentarius, 1644 г. О немъ пр. Гельшнеръ говоритъ: Маттеи въ области уголовнаго права первый отбросилъ экзегетически-глоссаторскій способъ разработки, состоявшій въ разъясненіяхъ отдѣльныхъ мѣстъ источниковъ и въ собираніи по каждому вопросу безконечнаго количества цитатъ изъ всевозможныхъ сочиненій большихъ и маленькихъ авторитетовъ, и далъ дѣйствительно догматическую разработку ученіямъ римскаго уголовнаго права.

Въ Германіи работы по уголовному праву пріобрѣтаютъ самостоятельный характеръ еще позднѣе, въ XVII столѣтіи, въ такъ называемыхъ «заключеніяхъ [4]) (consilia responsa consultationes) юридическихъ факультетовъ и въ школѣ саксонскихъ юристовъ. О работахъ этихъ нѣмецкихъ писателей Гейбъ (§ 52) даетъ такой отзывъ: «недостатокъ всякаго научнаго духа и вообще низкая степень образованія спеціалистовъ-криминалистовъ выражалась прежде всего въ слѣпомъ пристрастіи къ чужому праву и именно къ римскому, и въ полномъ невниманіи къ элементамъ національнаго уголовнаго права; къ этому присоединялась рабская зависимость первоначально отъ итальянскихъ, а позднѣе отъ голландскихъ писателей. Въ дѣйствительности, во всей совокупности сочиненій этого періода не содержится и зародыша истинно научной обработки предмета; вмѣсто того, чтобы научно переработать матеріалъ и сдѣлать его дѣйствительно пригоднымъ и плодотворнымъ для практики, писа-

---

1) H. Meyer, § 8, цитируетъ, какъ первое сочиненіе по уголовному праву, трудъ Roland de Romanciis († 1284) De ordine maleficiorum.

2) Ср. Allard, Histoire de la justice criminelle au XVI Siècle 1868.

3) У французовъ, Pierre Lizet, Pratique civile et criminelle 1584; Jean Imbert, La pratique judiciaire (institutiones forenses 1535), французскій переводъ 1604 (Ср. Jousse, préface стр. LVI); Pierre Ayrault, L'ordre, formalité et instruction judiciaire 1587—1591; édit par Jeanvrot. 1881.

4) Ср. Seeger, Die strafrechtliche Consilien Tübingensiena 1877; A. Hegler, die praktische Thätigkeit der Juristenfacultäten des 17 und 18 Iahrhunderts, 1899.

тели довольствовались чисто внѣшнимъ сопоставленіемъ этого матеріала». Изъ писателей саксонской школы первое мѣсто занимаютъ: Матвѣй Берлихъ съ его Conclusiones practicabiles, въ 5 частяхъ, 1614—1618 гг. и Бенедиктъ Карпцовъ, Practica nova imperialis Saxonica rerum criminalium, въ 3-хъ частяхъ, 1632 г. Особенною извѣстностью пользовался послѣдній, бывшій судьею въ Лейпцигѣ и на долгое время остававшійся важнѣйшимъ авторитетомъ въ Германіи [1]), хотя труды Берлиха сравнительно съ Карпцовымъ по ихъ самостоятельности представляютъ несравненно большее значеніе. «Безчисленныя подробности, которыми Карпцовъ такъ понравился практикамъ, говоритъ Вехтеръ [2]), его ученыя разсужденія, которыми онъ такъ блещетъ въ особенности по отношенію къ римскому праву, его выдержки изъ другихъ писателей, почти дословно, иногда съ тѣми же самыми ошибками, взяты изъ Берлиха; въ своихъ разсужденіяхъ и въ самомъ изложеніи онъ разукрашивается способомъ, весьма близко стоящимъ къ плагіату, перьями Берлиха, и вся его работа по уголовному праву относится къ работѣ Берлиха, какъ спеціальная разработка къ очертанію основныхъ началъ».

Заключенія юридическихъ факультетовъ, крайне разнообразныя и весьма распространенныя, играли большую роль въ практикѣ—и несомнѣнно являлись правосозидающимъ источникомъ того времени, почему, напр., Штинцингъ (II стр. 7) называетъ этотъ періодъ временемъ «Juristenrecht». Практическій характеръ носили заключенія университетовъ Іенскаго (Engau), Виттенбергскаго (Berger, John), Гальскаго (Böhmer); напротивъ того наиболѣе знаменитыя заключенія Тюбингенскаго университета (въ особенности Harpprecht) имѣли по преимуществу теоретическій характеръ. По содержанію одни изъ нихъ, какъ, напр., заключенія Іенскаго факультета проводили взгляды саксонскихъ юристовъ и разумѣется Карпцова, а другіе, напротивъ, старались освободиться отъ его тяготѣющаго значенія. Особенное вліяніе оказывали публикуемые сборники этихъ рѣшеній ([3]); многія изъ этихъ заключеній перешли и въ труды нѣмецкихъ догматиковъ XVIII вѣка.

Въ литературѣ труды Берлиха и Карпцова были послѣднимъ цвѣтомъ экзегетической литературы. Первыя работы догматическаго направленія появляются въ XVIII столѣтіи. Таковы въ особенности въ Германіи—сочиненія Бёмера Meditationes in constitutionem Carolinam, 1770 г. и Elementa jurisprudentiae criminalis, 1733 г. (5 изд. 1794 г.); работы Koch и Kress по Каролинѣ; Квисторпа, Grundsätze des peinlichen deutschen Rechts, 1770 г.; Kleinschrod, Systematische Entwickelung 1794 г. (3 изд. 1805 г.); Klein, Grundsätze des deutschen Strafrechts, 1799 г.; равно какъ и первые учебники Бейера (1711 г.), Гертнера (1729 г.) и др. [4]); во Франціи,—Мюяръ Вульянъ (Muyart de Vouglans), Instituts du droit criminel, 1747 г.; его же Les lois criminelles de France, suivant leur ordre naturel 1780 г.; Жуссъ (Jousse) Traité de la justice criminelle de France, 1771 г.; въ Италіи,—Ренацци, Elementa juris criminalis, 1733 г.

Восемнадцатый вѣкъ не былъ пригоденъ для догматическихъ работъ: начавшаяся передѣлка всего общественнаго и государственнаго строя, выдвинувшееся на первый планъ ученіе о правахъ личности и гарантіяхъ свободы въ государствѣ и т. п., не могли примириться съ законодательствомъ, коренившимся въ принципахъ инквизиціоннаго процесса, въ эпохѣ суевѣрій и религіозной нетерпимости. Всѣ стремленія выдающихся умовъ того времени, проникнутыхъ вѣрою въ прогрессъ, въ развитіе человѣчества, были направлены не къ тому, чтобы выяснить существующее, уложить его въ опредѣленную рамку, создать систему дѣйствующаго права, а наоборотъ, къ тому, чтобы расшатать и потрясти желѣзныя цѣпи и каменные оплоты, которыми ограждались деспотизмъ и невѣжество [5]).

---

1) Ср. A. Lobe, Die allgemeinen strafrechtlichen Begriffe nach Carpzow. 1894.

2) Gemeines Recht Deutschlands. 1844 стр. 101; Berner, § 19. Gerstäcker назвалъ Карпцова, прочитавшаго, по собственному заявленію, 53 раза всю библію и подписавшаго 20,000 смертныхъ приговоровъ—«ein juristischer Ungeheuer»; къ этому нельзя не прибавить, что Карпцовъ наложилъ печать своего духа на уголовное правосудіе Германіи въ теченіе цѣлаго столѣтія.

3) Важнѣйшія для уголовнаго права собранія заключеній приведены у Hegler, стр. 117 и сл.

4) До начала XVIII вѣка въ университетахъ уголовное право читалось въ видѣ приложенія къ курсамъ гражданскаго права.

5) Ср. у Garraud, § 11, Du droit pénal français avant la révolution.

Сухой догматикъ нашего времени, Гейбъ (§ 52), даетъ такую безпощадную характеристику трудовъ этого направленія: «презрѣніе ко всему завѣщанному исторіею, рядомъ съ безграничнымъ самообольщеніемъ превознесеннаго собственнаго достоинства и силы; филантропически-космополитическія бредни, рядомъ съ преслѣдованіемъ и униженіемъ всякаго національнаго чувства; неудержимое стремленіе къ гуманности и непомѣрная жестокость въ осуществленіи этихъ стремленій; энтузіазмъ предъ всѣмъ эфемерно великимъ и прекраснымъ и отвращеніе отъ всякаго серьезнаго изслѣдованія»; но безпристрастный историкъ найдетъ объясненіе этихъ крайностей въ условіяхъ эпохи борьбы стараго порядка съ нарождающимися новыми чаяніями человѣчества и помянетъ съ благодарностью этихъ эпигоновъ мысли за тѣ посѣвы, которые дали такъ много здоровыхъ всходовъ въ позднѣйшей исторіи личности и общества.

По самому свойству подобной борьбы критическая литература XVIII вѣка должна была разбросаться въ безчисленномъ количествѣ мелкихъ брошюръ, листковъ, но ея какъ бы центральнымъ устоемъ является сдѣлавшееся безсмертнымъ вкладомъ въ гуманистическую литературу изслѣдованіе маркиза Цезаря Беккаріа о преступленіяхъ и наказаніяхъ, Dei delitti e delle pene, 1764 г. [1]), критическій памфлетъ на существующіе уголовные и процессуальные законы, горячій протестъ противъ злоупотребленій судебной практики и застарѣлости законодательныхъ опредѣленій. Извѣстенъ отзывъ объ этой книгѣ одного изъ крупныхъ защитниковъ стараго порядка въ уголовной литературѣ, Жусса: «эта книга содержитъ въ себѣ систему самыхъ опасныхъ новыхъ идей, усвоеніе коихъ можетъ привести только къ ниспроверженію существующаго порядка въ образованныхъ націяхъ, эта книга нападаетъ на религію, нравы, на самыя священныя обязанности». Геттингенскій профессоръ Клапротъ въ своемъ проектѣ законодательства 1774 г. по поводу труда Беккаріа говоритъ, что итальянскій маркизъ недостаточно знакомъ съ уголовнымъ правомъ, чтобы о немъ сколько нибудь основательно разсуждать. Самъ Claproth былъ проникнутъ иными идеями; достаточно указать на предполагаемое имъ наказаніе за богохуленіе—отрѣзаніе языка, руки или вообще того члена, которымъ было совершено преступленіе, затѣмъ отрѣзанный органъ должно было сжечь предъ глазами виновнаго и послѣ того отсѣчь голову, тѣло сжечь и прахъ развѣять по вѣтру. Но иначе отнеслось къ труду Беккаріа общественное сознаніе: книга Беккаріа получила громадное распространеніе въ Италіи и тотчасъ же послѣ ея выхода была переведена на другіе языки; причемъ во Франціи аббатъ Мореллѐтъ не только перевелъ, но и значительно передѣлалъ ея внѣшній порядокъ, такъ что его передѣлка была позднѣе усвоена и самимъ авторомъ. Книга Беккаріа была неоднократно переводима и на русскій языкъ [2]).

Изъ трудовъ этого направленія въ Германіи нельзя не упомянуть о рядѣ изслѣдованій перваго десятилѣтія XVIII вѣка по вопросамъ уголовнаго права знаменитаго представителя школы естественнаго права—Христіана Томазія, направленныхъ противъ пытки, инквизиціоннаго процесса, преслѣдованія колдовства и ересей. Далѣе, не меньшее значеніе имѣли въ свое время сочиненія, представленныя на соисканіе премій бернскаго экономическаго общества, 1777 г., а въ особенности увѣнчанное премією сочиненіе Глобига и

---

[1]) Ср. Cesare Cantu, Beccaria e il diritto penale, 1862 г.; французскій переводъ этого изслѣдованія о Беккаріа и его вліяніи сдѣланъ Lacointa въ 1885 году; Frank, Die Wolfsche Strafrechtsphilosophie und ihr Verhältniss zur kriminalpolitischen Aufklärung in XVIII Jahrh., 1887 г.

[2]) Древнѣйшій переводъ Языкова: Беккаріа, Разсужденіе о преступленіяхъ и наказаніяхъ, переведено съ итальянскаго языка на французскій Андреемъ Мореллѐтомъ, а съ онаго на россійскій Дмитріемъ Языковымъ, 1803 г.; затѣмъ, въ 1806 г. изданъ переводъ Хрущовымъ; въ 1878 г. Соболевымъ, а въ 1879 г. С. Заруднымъ подъ заглавіемъ «Беккаріа о преступленіяхъ и наказаніяхъ въ сравненіи съ главою X Наказа Екатерины II и съ современными русскими законами»; изъ французскихъ переводовъ лучшимъ считается переводъ Фостенъ Эли, 1856 г. (2-е изд. 1870 г.). Въ Германіи переводъ книги Беккаріа явился еще въ 1765 г. въ Прагѣ; наиболѣе извѣстный изъ старыхъ переводовъ подъ редакціею и съ примѣчаніями Hommel'я, котораго Бемеръ называетъ нѣмецкимъ Беккаріа, подъ заглавіемъ: Des Herren Marquis von Beccaria unsterbliches Werk von Verbrechen und Strafen, 1778 г.; изъ новыхъ переводовъ лучшимъ считается переводъ Глазера, 1851 г. (2-е изд. 1876 г.); въ Италіи было болѣе 32 изданій книги Беккаріа.

Густера, Abhandlung von der Criminalgesetzgebung, 1783 г.; такое же значеніе имѣли работы Гоммеля, Виланда, Зодена, Зонненфельса и др. [1]).

Но всего сильнѣе выразилось это направленіе во Франціи, гдѣ главную роль играли труды Монтескье, въ особенности его Esprit des lois, 1748 г., и произведенія энциклопедистовъ, послужившія основаніемъ и вышеназванной работы Беккаріа [2]). Изъ изслѣдованій этого направленія, спеціально посвященныхъ уголовному праву, можно указать на Brissot de Warville, Théorie des lois criminelles, 1781 г.; Servan, De la législation criminelle, 1782 г.; Pastoret, Les lois pénales, 1790 г. и въ особенности Scipion Bexon, Développement de la théorie des lois criminelles, 1802 г.; не лишена также интереса оригинальная брошюра Diderot, Code de la nature ou le veritable ésprit de ses lois, de tout temps negligé ou méconnu, 1755 гг. Въ Италіи—Филанджіери, Scienza della legislazione 1780—1785 гг. Не менѣе сильное вліяніе въ этомъ отношеніи оказали позднѣе и труды Бентама, въ особенности его Théorie des peines et des récompenses.

Но кромѣ политическихъ разсужденій объ основныхъ принципахъ наказуемости, эта эпоха представила нѣсколько не менѣе важныхъ критическихъ работъ по спеціально юридическимъ вопросамъ въ ученіи о преступленіи, работъ, послужившихъ отправною точкою всей новѣйшей доктрины уголовнаго права; таковы въ особенности труды германскихъ криминалистовъ: Фейербаха, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, 1799—1800 гг., и Штюбеля, Ueber den Thatbestand der Verbrechen... 1805 г.; его же System des allgemeinen peinlichen Rechts, 1795 г.; а также, хотя сравнительно позднѣйшій, трудъ итальянскаго писателя Пелегрино Росси, Traité du droit pénal, имѣвшій большое вліяніе и много изданій во Франціи и Италіи (первое изданіе 1829 г.) [3]).

Чисто критическая литература конца XVIII вѣка разрѣшилась переработкою уголовнаго законодательства почти во всѣхъ важнѣйшихъ государствахъ Европы. На долю XIX вѣка выпала главнымъ образомъ догматическая и отчасти догматико-критическая обработка права. Изъ обширной общей литературы этого столѣтія я назову только нѣкоторые учебники и руководства, которые могутъ служить пособіемъ и при теоретическомъ изученіи русскаго уголовнаго права.

Германская и австрійская литература [4]). A. Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 1-ое изд. 1801 г.; 14-е изд. 1848 г., сдѣланное К. Миттермайеромъ съ обширными библіографическими примѣчаніями и указаніями на новѣйшія законодательства; особенный интересъ представляетъ изданіе этого учеб-

---

[1]) Hommel (V. Joch), Principis cura legis, 1765 г.; его же, Belohnung und Strafen nach türkischen Gesetzen, 1772 г.; его же, Philosophische Gedanken über das Criminalrecht, изданные послѣ его смерти Rossig въ 1784 г.; Wieland, Geist der peinlichen Gesetze, 1783—1784 гг.; V. Soden, Geist der peinlichen Gesetzgebung Deutschlands, 2 ч., 1772 г.; подробное изложеніе этого труда у Frank, в. с., стр. 13 и слѣд.

[2]) Въ особенности Voltaire, Prix de la justice et de l'humanité, 1778 г.; ср. прекрасный трудъ Hertz, Voltaire und die französische Strafrechtspflege, 1887 г.; Вольтеръ, какъ и Беккаріа, особенно останавливался на недостаткахъ уголовнаго процесса, и парижская академія не разъ предлагала процессуальные вопросы темами для конкурса; ея лауреатами между прочимъ были M. Robespierre, тогда адвокатъ въ Arras, за сочиненіе: Mémoire sur le préjugé qui étend à la famille du coupable la honte des peines infamantes, 1784 г. (другое изданіе 1785 г. подъ заглавіемъ—Discours sur l'origine de l'opinion и т. д.) и Marat за сочиненіе Plan de législation criminelle (1-ое изд. Newchatel, 1780 г. и 2-ое, Paris, 1790 г.); ср. также брошюру, L'avocat-général Servan—L'administration de la justice criminelle, 1766 г.; Mably, De la législation ou principes des lois, 1776 г.

[3]) Этой же эпохѣ принадлежатъ попытки создать всемірные уголовные кодексы; ср., напр., трудъ ближайшаго ученика Вольфа—Engelhardt, Versuch eines allgemeinen peinlichen Rechtes, aus den Grundsätzen der Weltweissheit und besonders des Rechtes der Natur hergeleitet... 1756 г. Подробное изложеніе и разборъ этого сочиненія у Frank, l. c., Ch. Dufriche-Valaze, Lois pénales dans l'ordre naturel des devoirs, des vices et des crimes, 1 изд. 1784 г., 2-ое 1802 г. посмертное, послѣ осужденія автора конвентомъ на самоубійство.

[4]) Болѣе подробныя указанія въ учебникѣ Бернера § 31.

ника подъ именемъ Ausführlicher kritischer Commentar zu Feuerbachs Lehrbuch, предпринятое Морштадтомъ и оконченное Озенбрюггеномъ, съ остроумнымъ и ядовитымъ разборомъ различныхъ ученій нѣмецкихъ криминалистовъ, въ особенности Миттермайера. Учебникъ Фейербаха переведенъ былъ на русскій языкъ Лодіемъ, Цебриковымъ и Полонскимъ подъ заглавіемъ: Фейрбаха Павла Уголовное право, съ приложеніемъ россійскихъ уголовныхъ законовъ, къ каждому преступленію относящихся, 3 части 1810—1827 гг.

Grolmann, Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft, 1 изд. 1798, 4-ое 1825 г. Ch. Martin, Lehrbuch des deutschen gemeinen Kriminalrechtes 2 изд. 1829.

Rosshirt, Lehrbuch 1821 и Geschichte und System des deutschen Strafrechtes 3 ч. 1838 и 1839 г.

Wächter, Lehrbuch des römisch-deutschen Strafrechts; 1825 г; его же Das Sächsische und Thüringische Strafrecht 1857 г. (не окончено); его же по смерти изданныя Vorlesungen über deutsches Strafrecht. 1881 г.

Henke, Handbuch des Criminalrechts, 4 B. 1823—1838.

Heffter, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechtes 6 изд. 1857.

Jarkee, Handbuch des gemeinen deutschen Strafrechtes 3 ч. 1827—1830.

R. Köstlin, System des deutschen Strafrechts, 1855 г., только общая часть; въ дополненіе къ нему, Abhandlungen aus dem Strafrechte, 1858 г.; его же, Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts, 1845 г.,—болѣе подробное, по чисто метафизическому методу построенное изслѣдованіе важнѣйшихъ вопросовъ общей части.

G. Geib, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 2 т. 1861 г.; исторія и общая часть, главнымъ образомъ богатая выборка взглядовъ и положеній изъ литературы уголовнаго права; нѣчто въ родѣ хрестоматіи.

A. Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1 изд. 1857 г., 17-ое 1895 г.; съ третьяго изданія сдѣланъ переводъ на русскій языкъ Н. Неклюдовымъ, 1863—1865 гг., съ приложеніями. Послѣ изданія германскаго уложенія Бернеръ существенно измѣнилъ не только содержаніе учебника, но даже и методъ обработки, и учебникъ его утратилъ нынѣ значеніе.

H. Hälschner, Das preussische Strafrecht, 3 т. 1855—1868 г.; исторія, общая часть и посягательства на личность; его же, Das gemeine deutsche Strafrecht, 3 т. 1881—1887 гг.; въ этомъ послѣднемъ трудѣ Гельшнеръ существенно измѣнилъ многіе изъ своихъ основныхъ взглядовъ.

F. Holtzendorff, Handbuch des deutschen Strafrechts, 4 ч. 1871—1877 гг.; составленъ изъ монографическихъ работъ отдѣльныхъ авторовъ.

L. Bar, Handbuch des deutschen Strafrechts, 1882 г.; вышелъ одинъ томъ, въ которомъ находится исторія и очеркъ теоріи уголовнаго права.

Schütze, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 2 изд. 1874 г. съ дополненіемъ 1877 г.

H. Meyer, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1 изд. 1875 г.; 5-ое весьма дополненное изданіе 1895 г.

Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1 изд. (подъ названіемъ, Reichsstrafrecht), 1881 г., 10 изд. 1900.

Binding, Handbuch des Strafrechts, 1885 г.; пока вышелъ одинъ томъ (болѣе 900 стр.), содержащій неполную обработку общей части, абстрактно-догматическаго характера. Его же, Grundriss des gemeinen deutschen Strafrechts. Allgemeiner Theil (5 изд.) 1897. Besonderer Theil, 1900—1901.

A. Merkel, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1889 г.

Изъ австрійскихъ учебниковъ въ особенности: Herbst, Handbuch des österreichischen Strafrechts, 7 изд. 1884 г.

K. Janka, Das österreichische Strafrecht, 1 изд. 1884 г.; 3-е (посмертное) 1894 г.

A. Finger, Das Strafrecht, 2 т. 1894—1895.

Французско-бельгійская литература.

A. Bertauld, Cours de code pénal et leçons de législation criminelle, 4 изд. 1873 г.; какъ и другіе учебники французскіе, содержитъ только общую часть, но Берто не включаетъ въ курсъ общихъ положеній процессуальныхъ.

E. Trébutien, Cours élémentaire de droit criminel, 2 т. 2 изд. 1878—1883 гг.

I. Tissot, Le droit pénal étudié dans ses principes, dans ses usages et les lois de divers peuples du monde, 3 изд. 1887 г.; сочиненіе, не имѣющее строго юридическаго характера; его же, Introduction philosophique dans l'étude du droit pénal et de la réforme pénitentiaire, 1874 г.

Boitard, Leçons de droit criminel, 13 изд. 1890 г. par Linage et Willey; лекціи Буатара занимаютъ среднее мѣсто между руководствомъ и комментаріемъ, онѣ обнимаютъ какъ общую, такъ и особенную часть.

Ortollen, Eléments de droit pénal, 5 изд. въ двухъ томахъ 1885 г.; его же сокращенное изложеніе курса: Résumé des éléments de droit pénal, 1874 г.

Le Selleyer, Etudes historiques, théoriques et pratiques sur le droit criminel, 6 т. 2 изд., 1874—1875 гг.

Villey, Précis d'un cours de droit criminel, 1 изд. 1877 г.; 5 изд. 1891 г.

Lefort, Cours élémentaire de droit criminel, 1 изд. 1877 г.; 2 изд. 1879 г.

A. Lainé, Traité élémentaire de droit criminel, вышло только два выпуска 1879—1881 гг.

Garraud, Précis de droit criminel, 6 изд. 1898 г.; его же Traité théorique et pratique du droit pénal français, 1888—1894 гг., 6 томовъ. 2-е изд. 1898. (цитир. 1-ое изд.).

Molinier, Traité théorique et pratique de droit pénal изд. par G. Vidal 1893 г.

Laborde, Cours élémentaire de droit criminel 1891; 2-е изд. 1898 (цитир. 1-е).

Normand, Traité élémentaire de droit criminel, 1896.

Изъ бельгійской литературы—Haus. Principes généraux de droit pénal belge, 1 изд. 1879 г.; 3 изд. 1885 г.

F. Thiry, Cours de droit criminel, 2 изд. 1895 г.

A. Prins, Science pénale et droit positif, 1899.

Итальянская литература.

Cormignani, Teoria delle leggi della si curezza sociale 1834.

A. Buccellati, Sommi principii del diritto penale, 1885 г.; его же, Institutioni di diritto penale 1884 г.

G. Tolomei, Diritto e proceduro penale, 3 изд. 1875 г.

Zuppetta, Corso completo di diritto penale, 8 изд. въ 2 т. 1869 и 1870 г.

F. Canonico, Introduzione allo studio del diritto penale, 1872 г.

Pessina, Elementi di diritto penale, въ 2 томахъ, 5 изд. 1885—1887 г.

Brusa, Saggio di una dottrina generale del diritto penale, 1887 г.; его же, Prolegomini al diritto penale, 1888 г.

Carrara, Programma del corso di diritto criminale, всего 8 томовъ, нѣкоторые 4-мъ, другіе 5-мъ изданіемъ 1879 г.; несмотря на названіе, содержитъ въ себѣ полное изслѣдованіе какъ общей, такъ и особенной части; общая часть была переведена на французскій языкъ Baret въ 1876 г. Дополненіемъ къ этому труду служитъ собраніе отдѣльныхъ изслѣдованій Carrara, Opuscoli di diritto criminale, въ 7 т. 1878—1887 гг.

Русская литература.

Въ Россіи литература уголовнаго права, какъ и вообще вся наука правовѣдѣнія началась съ переводовъ съ иностранныхъ языковъ, причемъ прежде всего при Петрѣ Великомъ и Екатеринѣ II были переводимы сочиненія, касающіяся вопросовъ уголовнаго права лишь какъ части государственнаго права вообще, а съ Александра I появились переводы и спеціальныхъ изслѣдованій по уголовному праву.

Такъ, при Императорѣ Петрѣ I были переведены, отчасти и для занятій царевича Алексѣя Петровича, Самуила Пуффендорфа, De oficio hominis et civis (переводъ напечатанъ уже послѣ смерти Петра I-го) и его же, О законахъ естества и народовъ; Гуго-Гроція, О законахъ брани и мира, 3 книги.

При Екатеринѣ II-ой были переведены между прочимъ: Юсти, Изображеніе народныхъ обществъ и всякаго рода законовъ, пер. Волкова 1770, втор. изд. 1812; другой переводъ Богаевскаго 1772—1778; Зонненфельсъ, Начальныя основанія полиціи или благочинія 1787; Мармонтель, Велизарій 1777 г.; Блакстонъ, Истолкованія англійскихъ законовъ, переведенныя по Высочайшему повелѣнію законодательницы всероссійской Десницкимъ 3 т. 1780—1782; Монтескье, О духѣ законовъ 1705; другое изданіе 1809—1814; Неттельбладтъ.

Начальное основаніе всеобщей естественной юриспруденціи, приноровленное къ употребленію положительной юриспруденціи, 1770 г.; сочиненіе, служившее долгое время главнымъ руководствомъ для студентовъ Московскаго университета, между прочимъ и по уголовному праву, а именно членъ III-й этого сочиненія «о криминальномъ правѣ, въ разсужденіи вещи», гдѣ помѣщены общія положенія о преступленіи, о наказаніи и т. п. [1]); Эразмусъ, Слово о происхожденіи и свойствѣ высшаго криминальнаго суда и что употребленіе онаго разсуждать надлежитъ по различному состоянію гражданства и по намѣренію, которое въ наказаніи людей имѣть должно, 1767; Servin, Рѣчь о производствѣ уголовнаго правосудія перев. Трипольскаго, 1788 г.; Беккаріа, разсужденіе о добродѣтеляхъ и награжденіяхъ пер. Карина 1769 г. и др.

При Александрѣ I спеціально изъ сочиненій, относящихся къ уголовному праву, были переведены: Беккаріа, О преступленіяхъ и наказаніяхъ, пер. Языкова 1803 г. и Хрущова 1806 г.; Бентама, Разсужденіе о гражданскомъ и уголовномъ законоположеніи 1805—1810, перев. Михайлова съ дополненіями, отъ Дюмона сообщенными; А. Фейербахъ, Право уголовное, книга 1-ая, философская или всеобщая часть 1810; книга 2-я, о преступленіяхъ и наказаніяхъ—1811 и книга 3-ья, о процессѣ—1827 г. Его же, Изслѣдованіе о государственной измѣнѣ 1812 г.; Шлецеръ, Начальныя основанія права римскаго, гражданскаго и уголовнаго, основанныя на естественномъ правѣ и политикѣ, пер. Вельяминова-Зернова и др.

Съ эпохи Екатерины появляются у насъ и самостоятельныя работы по юриспруденціи, причемъ научное движеніе до эпохи свода тѣсно связано съ основаніемъ университетовъ и развитіемъ преподаванія въ нихъ права.

Въ учрежденной въ 1725 г. по мысли Петра Великаго Академіи Наукъ уголовное право самостоятельно не преподавалось, а входило въ общую кафедру правовѣдѣнія. Изъ бывшихъ въ ней по этой кафедрѣ профессоровъ—Бакенштейнъ, Гроссъ, Штрубе де Пирмонтъ и Федоровичъ не оставили никакихъ работъ, относящихся до этой науки. Въ составленномъ Штрубе де Пирмонтомъ—Краткомъ руководствѣ къ россійскимъ правамъ, хотя и были включены и Воинскій уставъ и Уложеніе 1649 г., но самое это руководство осталось въ архивахъ Академіи [2]).

По основаніи 12 Января 1755 г. Московскаго университета, сначала бывшій единственнымъ преподавателемъ права докторъ вѣнскаго университета Филиппъ Дильтей († 1781), впослѣдствіи преподавалъ естественное, государственное, гражданское и уголовное право по Пуффендорфу и Неттельбладту. Изъ сочиненій его, имѣющихъ отношеніе и къ уголовному

---

[1]) Любопытны по отношенію къ тому времени нѣкоторыя положенія, изложенныя, впрочемъ, въ видѣ ничѣмъ не подтвержденныхъ теоремъ: § 403. Преступленія раздѣляются на такія, которыя безъ коварства и вины погрѣшающаго бываютъ и называются преступленіями, въ особливости такъ названными, и на такія, которыя съ коварствомъ и виною преступающаго бываютъ и называются пороками (crimina); § 405. Помышленіе о преступленіи (cogitatio delicti) есть разсужденіе, должно ли и какимъ образомъ дѣлать преступленіе; намѣреніе погрѣшить (animus delinquendi) есть опредѣленіе и намѣреніе грѣшить . . . § 406. Помышленіе о преступленіи и намѣреніе погрѣшить не заключаютъ въ себѣ преступленія . . . § 407. Преступленіе называется попыткою (attentatum), если кто учинилъ одни только пріуготовленія къ преступленію; начатымъ (inchoatum), если кто въ самомъ дѣйствіи преступленія находился, только онаго не исполнилъ; совершившимся же (consumatum), если все дѣйствіе, которое заключаетъ въ себѣ преступленіе, окончено было; § 408. Попытное и начатое преступленіе заключаютъ въ себѣ одно только стараніе погрѣшить . . . § 410. Всякъ можетъ преступить; виноватымъ же въ преступленіи можетъ быть токмо тотъ, кто имѣлъ понятіе о коварствѣ и винѣ, въ то время, когда преступленіе учинено. § 411. Преступленія суть или противъ должностей въ разсужденіи насъ, или противъ должностей въ разсужденіи другихъ, или противъ должностей въ разсужденіи Бога. § 417. Если кто желаетъ оскорбить тебя, то въ такомъ случаѣ приличествуетъ тебѣ совершенное право не терпѣть того, чтобы онъ дѣлалъ сіе. § 418. Право безопасности есть право не терпѣть того, чтобы кто насъ обидѣлъ, и такимъ образомъ сіе право приличествуетъ всякому человѣку (вообще у Неттельбладта отведено много мѣста ученію объ оборонѣ). § 427. Наказаніе естественное есть, сжели оно необходимо слѣдуетъ изъ дѣйствія, не естественное жъ, если оно отъ кого по силѣ права наказывать причиняется; и сверхъ того наказаніе есть или для исправленія или для примѣра служащее, и т. д.

[2]) Ср. Н. Коркуновъ, Исторія философіи права 2-ое изд. 1898 г. стр. 281.

праву, можно указать: Изслѣдованіе юридическое о принадлежащемъ для суда мѣстѣ, о судебной власти, о должности судейской, о челобитной и доказательствѣ судебномъ 1779; О дедукціяхъ судебныхъ дѣлъ 1781. Преемникомъ его по кафедрѣ уголовнаго права былъ ученикъ Дильтея, занимавшійся потомъ въ Англіи въ Глазго у Адама Смита, отецъ русской юриспруденціи Семенъ Ефимовичъ Десницкій († 1789); [1]). Десницкій, кромѣ уголовнаго права, читалъ также государственное, римское и гражданское право, онъ оставилъ по себѣ рядъ публичныхъ рѣчей: по общимъ вопросамъ юриспруденціи, о прямомъ и ближайшемъ способѣ изученія юриспруденціи 1768; о пользѣ знанія отечественнаго законоискусства 1778; по гражданскому праву—о родительской власти надъ дѣтьми 1768, о началѣ и происхожденіи супружества 1774, о разныхъ понятіяхъ о собственности 1781, и по уголовному праву о причинахъ казней въ дѣлахъ криминальныхъ 1770, о вещахъ священныхъ, святыхъ и принятыхъ въ благочестіе 1772. Десницкій получилъ образованіе въ Глазговскомъ университетѣ и первый сталъ читать лекціи на русскомъ языкѣ, проявляя въ нихъ и обширную ученость и блистательное краснорѣчіе; Десницкій первый провозгласилъ необходимость вмѣстѣ съ теоріею изучать и положительное право. Преемники Десницкаго—выписанный изъ Галльскаго университета—Христіанъ Штельцеръ и россіянинъ Маловъ, никакихъ вкладовъ въ русскую науку уголовнаго права не сдѣлали. Изъ трудовъ другихъ профессоровъ Московскаго университета, имѣющихъ отношеніе къ уголовному праву, нужно упомянуть о послѣдователѣ Локка—Лангерѣ, Рѣчь о происхожденіи и свойствѣ вышняго криминальнаго суда, и что употребленіе онаго разсуждать надлежитъ по различному состоянію гражданства, и по намѣренію, которое въ наказаніи людей имѣть должно 1767; Цвѣтаевъ Левъ († 1835), одинъ изъ выдающихся профессоровъ и юристовъ Московскаго университета, писавшій и по теоріи права—Рѣчь о взаимномъ вліяніи наукъ на законы и законовъ на науки 1805 и Начертаніе теоріи законовъ, 3 ч. 1810 г. 2 изд. 1816 г., и по римскому праву, и напечатавшій небольшой трудъ по уголовному праву—Начертаніе теоріи уголовныхъ законовъ 1825 г. (82 стр.). Равнымъ образомъ нельзя не указать на труды преподавателей въ Московскомъ университетѣ русскаго практическаго законоискусства, въ особенности Захарія Аникіевича Горюшкина и Сандунова. Наиболѣе извѣстнымъ трудомъ перваго изъ нихъ, самоучки, сдѣлавшагося изъ канцелярскихъ чиновниковъ—профессоромъ, было руководство къ познанію россійскаго [2]) законоискусства, 4 книги изд. 1811—1816 г., содержащее вмѣстѣ съ теоріею и указанія на исторію русскаго права. При изданіи приложенъ рисунокъ древа законовъ, т. е. послѣдовательное развитіе права по тремъ вѣтвямъ: право общественное, право человѣческое и право животныхъ; вмѣстѣ съ тѣмъ отпечатанъ и портретъ автора съ надписью: Горюшкинъ «россійскій законоискусникъ»; и Описаніе судебныхъ дѣйствій 2 ч. 1805 и 1807 гг.; второе изд. 1814—1815 гг.; преемникъ его, знаменитый въ Москвѣ знаніемъ законовъ Сандуновъ былъ главнымъ представителемъ практически-экзегетическаго метода и требовалъ отъ юристовъ, чтобы они отрекались отъ всякихъ теоретическихъ «фантасмагорій и пустословія». Сандуновъ въ юридической литературѣ оставилъ только Слово

---

[1]) Ср. Н. М. Коркуновъ—С. Е. Десницкій, первый русскій профессоръ права, въ Ж. М. Ю. 1894—1895 № 2. Насколько значительна была слава Десницкаго даже въ послѣдующихъ за нимъ поколѣніяхъ, можно видѣть изъ отзыва о немъ пр. Морошкина: «ему недоставало только читателей и иностраннаго имени для занятія мѣста близъ Монтескье съ Блакстономъ, Потье и другими юристами прошедшаго вѣка.

[2]) Горюшкинъ о себѣ въ предисловіи говоритъ: «въ отрочествѣ моемъ, не имѣвши предварительнаго понятія ни объ одной изъ наукъ, содержащихъ сіи способы, и, слѣдовательно, болѣе удаленъ будучи отъ тѣхъ, которые предписываютъ оные наблюдать при сочиненіи самыхъ наукъ, съ однимъ только обыкновеннымъ понятіемъ читать и писать по россійски вступилъ къ отправленію должностей въ гражданскую службу». Въ университетѣ онъ слушалъ Десницкаго и, вспоминая о немъ въ своемъ трудѣ, говоритъ, что подъ его вліяніемъ позналъ суету одного практическаго изученія юриспруденціи; при этомъ нельзя не прибавить, что Горюшкинъ ввелъ въ свое изложеніе не только общія понятія о правѣ и законахъ, но и указанія на историческія основанія отдѣльныхъ институтовъ русскаго права. Горюшкинъ даже, указывая на значеніе обычнаго права, ссылался, какъ на источникъ, на русскія пословицы. Любопытныя данныя о немъ въ статьѣ Н. М. Коркунова—З. А. Горюшкинъ, россійскій законоискусникъ, Ж. М. Ю. 1895. № 7.

о необходимости знать законы гражданскіе и о способѣ учить и учиться россійскому законовѣдѣнію 1822 г.

Въ открытомъ въ 1805 г. Казанскомъ университетѣ первымъ преподавателемъ былъ Нейманъ, начавшій свою дѣятельность въ Дерптскомъ университетѣ, а потомъ бывшій въ коммисіи составленія законовъ у Сперанскаго; онъ издалъ свои лекціи подъ названіемъ Начальныя основанія уголовнаго права, 1814 г. (перев. въ Дерптѣ на нѣмецкій языкъ), 74 страницы маленькаго формата, никакого отношенія къ русскому праву не имѣющія. Помощникомъ Неймана былъ Врангель, перешедшій потомъ въ Петербургъ, но ничего не напечатавшій по уголовному праву (извѣстна только его рукопись «Исторія уголовнаго права»); также безслѣдно прошелъ преемникъ ихъ Солнцевъ, читавшій въ Казани общее германское уголовное право (по Грольману).

Въ Харьковскомъ университетѣ первымъ преподавателемъ уголовнаго права до 1812 г. былъ талантливый юристъ Тимковскій, а послѣ него Успенскій, работавшій по русскимъ древностямъ, но и они не оставили слѣдовъ въ литературѣ уголовнаго права.

Въ Петербургскомъ университетѣ при его открытіи въ 1819 г. юридическія науки всѣ совмѣщались въ двухъ кафедрахъ—правъ общихъ и правъ положительныхъ; въ составъ послѣднихъ входило право римское и русское, подраздѣлявшееся на уголовное и гражданское. Кафедру общихъ правъ занималъ Куницынъ, извѣстный своимъ трудомъ «Естественное право» 1818—1820 гг. въ двухъ частяхъ, а вторую кафедру—Кукольникъ, занимавшійся по преимуществу гражданскимъ правомъ и оставившій обширный учебникъ россійскаго частнаго гражданскаго права 1815 и 1816 гг. Сверхъ того, въ философско-юридическомъ факультетѣ состоялъ профессоромъ Петръ Лодій, читавшій въ педагогическомъ институтѣ, а потомъ и въ университетѣ право естественное и уголовное и оставившій сочиненіе: Теорія общихъ правъ, 1828 г., въ которомъ особое отдѣленіе (4-ое стр. 115—178) посвящено ученію о уголовной судебной власти и содержитъ общія понятія о преступленіи и наказаніи; лекціи теоріи уголовнаго права Лодій, какъ и другой преподаватель того же права Елпатьевскій, излагалъ по Фейербаху. Самъ Елпатьевскій, какъ и его преемникъ по кафедрѣ Врангель никакихъ трудовъ по уголовному праву не оставили.

Университеты Виленскій и Дерптскій, хотя и имѣли нѣсколькихъ хорошихъ преподавателей по уголовному праву (въ Дерптѣ-Osenbrüggen, Ziegler), но ихъ труды относятся къ польской, нѣмецкой и остзейской литературѣ [1]); университеты же Кіевскій и Варшавскій возникли уже послѣ свода.

Изъ сочиненій этого періода, имѣвшихъ отношеніе къ уголовному праву и вышедшихъ не изъ университетовъ, слѣдуетъ указать: В. Т. Золотницкій, Сокращеніе естественнаго права, выбранное изъ разныхъ авторовъ для пользы россійскаго общества 1764 г.; Артемьевъ (ученикъ Десницкаго), Краткое начертаніе римскихъ и россійскихъ правъ съ показаніемъ купно обоихъ, равномѣрно какъ и чиноположенія оныхъ исторій, 1777; Правиковъ, Грамматика юридическая или начальныя правила россійскаго правовѣдѣнія 1801—1805; Наумовъ, Начертанія естественнаго права 1808—1809; его же, Изложеніе юридическихъ предметовъ для руководства къ познанію практическаго правовѣдѣнія 1812; его же, Раздѣленіе преступленій противъ права гражданскаго и противъ права уголовнаго, 1813 [2]); Чиляевъ, Начертаніе права природнаго, 1812; Филимоновъ, Система естественнаго права, 1811.

---

[1]) Дерптскій университетъ далъ впрочемъ рядъ профессоровъ, разрабатывавшихъ исторію русскаго права вообще, а вмѣстѣ съ тѣмъ и права уголовнаго: Neuman, Entwickelung des russischen Rechts nach der ersten bis zum zweiten Pravda, 1830; Ewers, профессоръ филологическаго факультета, Das älteste Recht der Russen 1826; Reiz, Versuch über die geschichtliche Ausbildung des russischen Staats und Rechtsverfassung, 1829; Tobien, Die Blutrache nach altem russischen Rechte, 1840.

[2]) Иванъ Мокеевичъ Наумовъ, бывшій въ Москвѣ стряпчимъ казенныхъ дѣлъ, открылъ въ Іюнѣ 1812 г. «домъ практическаго правовѣдѣнія», въ которомъ могли бы получить желающіе образованіе въ практической юриспруденціи или въ стряпчествѣ. Домъ дѣйствовалъ недолго; Наумовъ принялъ на себя ходатайство по дѣламъ частнымъ и сталъ вмѣшиваться въ производство дѣлъ, не только въ мѣстныхъ, у губернаторовъ, но и въ центральныхъ учрежденіяхъ, и къ 1816 г. прекратилъ свое существованіе. Ср. Г. Рѣпинскій, Историческіе матеріалы, Ж. М. Ю. 1899, X, стр. 270 и сл.

Спеціальные очерки уголовнаго права—Шлецеръ, Начальныя основанія права римскаго, гражданскаго и законоположенія уголовнаго, перев. съ француз. Вельяминова-Зернова 1810 г.; у него на 23 стр. изложены: общія положенія о преступленіяхъ, наказаніяхъ, о доказательствахъ и даже исторія уголовнаго права (4 стр.); Осипъ Гореглядъ, Опытъ начертанія россійскаго уголовнаго права, часть 1-я, о преступленіяхъ и наказаніяхъ вообще 1815 г. Это сочиненіе, въ отличіе отъ чисто теоретическихъ очерковъ Цвѣтаева и Неймана, содержитъ преимущественно изложеніе постановленій нашего законодательства о преступныхъ дѣяніяхъ, съ подведеніемъ и соотвѣтствующихъ цитатъ; трудъ Горегляда послужилъ, вмѣстѣ съ проектомъ уголовнаго уложенія 1813 г., источникомъ при составленіи 1-го раздѣла свода законовъ уголовныхъ, 1832; такой же практическій характеръ имѣла и работа Гуляева, Россійское уголовное право, изд. 1826 г., вышедшее 2-мъ изданіемъ въ 1830 г., излагающее постановленія объ отдѣльныхъ преступленіяхъ; Васильевъ, Извлеченія изъ уголовныхъ законовъ. Вѣст. Евр. 1823 г. т. III, стр. 3—14.

Сводъ законовъ хотя и значительно оживилъ нашу литературу, но преимущественно въ области историко-юридическихъ изслѣдованій, и мало отразился на догматической разработкѣ права. Даже трудъ профессора уголовнаго права въ Московскомъ университетѣ С. И. Баршева, Общія начала теоріи и законодательства о преступленіяхъ и наказаніяхъ, 1841 г., долгое время бывшій единственнымъ руководствомъ по уголовному праву, излагалъ ученіе о преступленіи и наказаніи отвлеченно, безъ соотвѣтственной разработки нашего права. Такая разработка началась только съ эпохи судебныхъ уставовъ и подъ ихъ несомнѣннымъ вліяніемъ, хотя первые труды по общей части, вышедшіе во время подготовки уставовъ:

Ч. Д. (Чебышевъ-Дмитріевъ) Очеркъ теоріи уголовнаго права, въ юрид. жур. Салманова;

Жиряевъ, Уголовное право, часть общая, въ Юридич. Вѣстникѣ. 1863 г.;

В. Спасовичъ: Учебникъ уголовнаго права, часть общая 1863 г., отводили русскому праву второстепенное мѣсто. Даже у Спасовича разборъ общей части уложенія о наказаніяхъ сдѣланъ въ видѣ особой дополнительной главы.

Иначе поставленъ этотъ вопросъ въ позднѣйшихъ трудахъ:

П. Калмыковъ, Учебникъ уголовнаго права, 1866 г., посмертное изданіе лекцій, читанныхъ въ училищѣ правовѣдѣнія, сдѣланное Любавскимъ.

А. Лохвицкій, Курсъ русскаго уголовнаго права, 1 изд. 1867 г.; 2 изд. 1871 г.

Н. Неклюдовъ, Общая часть уголовнаго права, 1875 г.

Н. Таганцевъ, Курсъ уголовнаго права, 3 выпуска 1874—1880 гг., содержитъ только ученіе о преступленіи.

А. Кистяковскій, Элементарный учебникъ общаго уголовнаго права, часть общая 1 изд. 1875 г. 2 изд. 1882 г.

Н. Сергѣевскій, Русское уголовное право,—пособіе къ лекціямъ, 1887 г.; 4 изд. 1900 г.

Владиміровъ, Учебникъ русскаго уголовнаго права. 1889 г.

И. Фойницкій, Ученіе о наказаніяхъ въ связи съ тюрьмовѣдѣніемъ, 1889 г.; часть особенная 1 изд. 1890 г.; 2 изд. 1893 г.

В. Есиповъ. Очерки русскаго уголовнаго права, ч. общая 1894 г.; 2-е изданіе 1898 г.

Комментаріи къ кодексамъ указаны при изложеніи источниковъ дѣйствующаго уголовнаго права.

Пособія по библіографіи уголовнаго права: Böhmer, Handbuch der Litteratur des Criminalrechts, 1816 г.; Kappler, Handbuch der Litteratur des Criminalrechts, 1838 г.; Engelman, Bibliotheca juridica, 1840 г.; продолженіе ея Wuttig, 1-й т. съ 1849—1867 гг.;—въ 1867 г. и 2-й т. Rossberg, 1867—1876 гг.; Mühlbrecht, Wegweiser durch die neuere Litteratur der Staats und Rechtswissenschaft, 1886 г. (собственно книгопродавческій каталогъ, а не библіографія), Nypels, Bibliothèque choisie du droit criminel, 1863 г. Существенное пособіе представляютъ періодическіе литературные обзоры всѣхъ работъ по уголовному праву, помѣщаемые въ L. Z. и въ Centralblatt für Rechtswissenschaft, отдѣльный оттискъ изъ послѣдняго: V. Kirchenheim, Litteratur des Strafrechts und der Kriminalpolitik 1884—1894, 1896 г.

Изъ юридическихъ журналовъ и газетъ особенное значеніе имѣютъ: [1]) Журналъ Министерства Юстиціи съ 1859—1871 г., вновь возобновленъ съ 1895 г.; Судебный Вѣстникъ съ 1866—1872 г.; Юридическій Вѣстникъ съ 1867—1892 г.; Юридическая Лѣтопись съ 1890—1892 г.; Журналъ гражданскаго и уголовнаго права съ 1871 г., съ 1899 подъ именемъ Вѣстникъ Права; Право съ 1898 г.; Тюремный Вѣстникъ съ 1892 г.; Revue critique de législation et de jurisprudence съ 1851 г.; Journal de droit criminel съ 1829 г.; Le journal de ministère public, съ 1886 г.; Archiv des Criminalrechts (1799—1807 г.г.)—продолженіе Neues Archiv съ 1816—1857 гг.; Gerichtssaal съ 1849 г.; Allgemeine deutsche Strafrechtszeitung v. Holtzendorf съ 1861—1873 г.; Archiv des preussischen Strafrechts v. Goltdammer, основанъ въ 1853 г.; съ 1871 г., Archiv für gemeines deutsches und für preussisches Strafrechts, съ 1887 просто называется Archiv des Strafrechts; Zeitschrift für die gesammten Strafrechtswissenschaften съ 1881 г., основана v. Liszt und Dochow.

---

[1]) Первымъ русскимъ юридическимъ журналомъ, кромѣ указаннаго выше Театра судовѣдѣнія Новикова, былъ журналъ правовѣдѣнія барона Беллингаузена, 1812 вып. 1; втораго выпуска нѣтъ въ публичной библіотекѣ. Съ 1813 Наумовъ сталъ издавать журналъ для практическаго правовѣдѣнія по предмету образованія стряпчества; вышло два томика. А затѣмъ наступаетъ въ нашей юридической литературѣ, любопытный показатель эпохи—перерывъ до 1859 г.

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

Понятіе и объемъ преступнаго дѣянія.

§ 1. Преступное дѣяніе, какъ посягательство на правовую норму.

5. Предметомъ уголовнаго права, какъ науки юридической, является изученіе юридической природы извѣстной группы человѣческихъ отношеній, именуемыхъ преступными, и началомъ такого изученія должно быть установленіе общаго юридическаго понятія о преступномъ дѣяніи.

Какъ показываетъ самое наименованіе: «преступленіе», «проступокъ», «преступное дѣяніе», «нарушеніе»,—такое дѣяніе должно заключать въ себѣ переходъ, преступленіе за какой то предѣлъ, отклоненіе и разрушеніе чего либо [1]). Но что же переступаетъ или нарушаетъ лицо, учинившее преступное дѣяніе?

Отвѣты на это представляются въ доктринѣ уголовнаго права весьма разнообразными.

Наиболѣе простое и наиболѣе точное съ практической точки зрѣнія, говоритъ Ортоланъ (№ 590), опредѣленіе преступнаго дѣянія будетъ признаніе таковымъ «всякаго нарушенія закона уголовнаго»; преступленіе, говоритъ В. Спасовичъ (§ 34), есть дѣяніе, запрещаемое закономъ подъ страхомъ наказанія, иными словами, оно есть нарушеніе закона уголовнаго» [2]). Слѣдовательно, съ этой точки зрѣнія, предѣлъ, переступаемый преступникомъ, составляетъ уголовный законъ. Но, какъ остроумно замѣтилъ Биндингъ [3]), этотъ отвѣтъ заключаетъ въ себѣ очевидное недоразумѣніе: положеніе уголовнаго закона, на основаніи котораго приговаривается преступникъ, отождествляется

---

[1]) Еще Цвѣтаевъ, глава I-я, говоритъ: «преступленіе значитъ переходъ за конъ, т. е. за границу, за предѣлы; таково же этимологическое значеніе нѣмецкихъ терминовъ Verbrechen, Vergehen; относительно значенія словъ delictum, délit, какъ понятія уклоненія отъ прямой линіи, отъ права, см. у Ortolan, № 559.

[2]) Такое опредѣленіе часто встрѣчается даже у новыхъ французскихъ криминалистовъ—Thiry, Cours, 1895 г., № 167: l'infraction est la violation de la loi pénale. Н. Неклюдовъ, общая часть, стр. 170: подъ уголовнымъ закономъ понимается законодательный приказъ или запретъ, нарушеніе или неисполненіе коего гарантируется положеннымъ въ немъ наказаніемъ. За нимъ то же ошибочное опредѣленіе повторяетъ Кузьминъ-Караваевъ, Военно-уголовное право, стр. 105.

[3]) Die Normen und ihre Uebertretung, I, 2 изд. 1890 г. § 1; Биндингу принадлежитъ заслуга точнаго анализа юридическаго понятія преступленія; см. также въ его Handbuch, § 30.

съ юридическимъ положеніемъ, которое преступникъ нарушаетъ. Всякій законъ уголовный содержитъ въ себѣ описаніе преступнаго дѣянія (диспозитивная часть) и назначенное за него наказаніе (санкція), но описаніе логически не можетъ быть нарушено, напротивъ того, для примѣненія закона уголовнаго безусловно необходимо, чтобы учиненное было юридически тождественно съ диспозиціею закона, съ его опредѣленіемъ; неисполненіе же или, вѣрнѣе, непримѣненіе санкціи возможно, конечно, только со стороны органовъ судебной власти, а не со стороны правонарушителя. Несомнѣнно, что «законъ, который нарушается, логически въ идеѣ и даже фактически по времени (обыкновенно, хотя и не всегда), долженъ предшествовать закону, по коему наказывается нарушитель».

Это указаніе естественно ведетъ къ иной характеристикѣ предѣловъ, переступаемыхъ виновнымъ. Въ предшествующемъ опредѣленіи, говорятъ другіе, заключается неточность выраженія, а не мысли: преступнымъ дѣяніемъ нарушаются законы опредѣлительные, которые находятъ въ законахъ охранительныхъ или уголовныхъ свою санкцію. «Преступленіе, говоритъ пр. Кистяковскій (§ 106), есть нарушеніе закона, установленнаго для огражденія безопасности и благосостоянія гражданъ» [1]).

Но и это опредѣленіе, представляясь болѣе точнымъ, сравнительно съ предшествующимъ, оказывается неполнымъ. Для значительнаго числа законовъ уголовныхъ, анализируя ихъ диспозитивную часть, мы дѣйствительно найдемъ соотвѣтственные опредѣлительные законы, помѣщенные, напр., въ томъ или другомъ изъ томовъ нашего свода законовъ. Но какую статью, какого тома нарушаетъ, напр., лицо, виновное въ убійствѣ, изнасилованіи, измѣнѣ? Гдѣ найдемъ мы опредѣлительные законы, заключающіе въ себѣ велѣнія о неприкосновенности жизни, здоровья, свободы частныхъ лицъ, или цѣлостности и независимости государствъ?

Очевидно, что велѣнія права, тѣ приказы и запреты, неисполненіе коихъ описывается въ диспозитивной части законовъ уголовныхъ, могутъ быть двухъ порядковъ: или это будутъ велѣнія правопроизводящей воли, облеченныя въ форму закона, или на законѣ основаннаго постановленія или распоряженія—писанное право, или это будутъ велѣнія, не облеченныя въ законъ или законное постановленіе—право неписанное, коего бытіе мы распознаемъ или изъ описаній его нарушеній въ законахъ уголовныхъ, путемъ извлеченія ихъ изъ диспозитивной части закона, или посредствомъ анализа условій и признаковъ различныхъ юридическихъ институтовъ права публичнаго или даже частнаго, или даже путемъ обобщенія фактовъ общественной жизни [2]).

Отношеніе между велѣніями права писаннаго и неписаннаго измѣняется въ различныхъ законодательствахъ, такъ что мы знаемъ примѣры, что многія

---

1) Сходное опредѣленіе у Köstlin, § 14. Меркель въ разборѣ теоріи Биндинга замѣчаетъ, что опровергаемаго имъ мнѣнія, что преступленіе есть нарушеніе уголовнаго закона, не существуетъ въ литературѣ; но это заявленіе противорѣчитъ вышесдѣланнымъ указаніямъ. Ср. также Binding, § 1, пр. 4.

2) Любопытныя указанія о распознаваніи и установленіи нормъ изъ опредѣленій уголовнаго закона и о затрудненіяхъ, возникающихъ при такомъ конструированіи существованія и объема нормъ, даетъ Binding, I, § 7.

нормы, относящіяся нынѣ къ велѣніямъ права неписаннаго, находили прежде себѣ прямое выраженіе въ законѣ: таковы постановленія еврейскаго законодательства, выраженныя въ десяти заповѣдяхъ; такія же данныя даетъ намъ древне-римское законодательство [1]).

Эти правовыя велѣнія современная доктрина объемлетъ общимъ наименованіемъ нормъ или заповѣдей. Такимъ образомъ, преступное дѣяніе будетъ нарушеніемъ или неисполненіемъ нормъ, т. е. приказовъ и запретовъ авторитетной воли, опредѣляющихъ и направляющихъ дѣятельность людей въ общежитіи.

6. Ближайшее разсмотрѣніе жизненныхъ отношеній людей указываетъ намъ, что такія заповѣди или нормы, опредѣляющія весь строй нашей жизни, относятся къ тремъ порядкамъ: нравственному, религіозному и правовому. Какія же изъ этихъ нормъ нарушаетъ преступное дѣяніе, или, другими словами, въ какомъ отношеніи другъ къ другу находятся понятія: безнравственнаго, грѣховнаго и преступнаго?

Наиболѣе спорнымъ почитается и нынѣ, выдвинутый школою естественнаго права, въ частности Томазіемъ, вопросъ объ отношеніяхъ морали къ области наказуемыхъ дѣяній. Не слѣдуетъ ли наказывать всякую безнравственность и притомъ только безнравственность, или не слѣдуетъ ли признавать преступными всѣ важнѣйшіе случаи безнравственности, опредѣляя важность или значеніе безнравственности по признаку несомнѣнности, общепризнанности?

Мы имѣемъ выдающихся представителей науки уголовнаго права, которые отвѣчаютъ на это безусловно утвердительно.

«Право, учитъ Кестлинъ (§ 1), есть форма нравственнаго. То, что въ субъективной формѣ есть нравственность, то въ объективной—право. Какъ всѣ формы нравственнаго, право состоитъ въ единствѣ общей воли съ отдѣльною. Его особенность, сравнительно съ прочими нравственными силами, заключается именно въ томъ, что его сферою является внѣшняя жизнь людей, ихъ общественное сожитіе. . . . Неправо есть противоположность права, его сущность состоитъ въ томъ, что отдѣльная воля въ сферѣ внѣшняго бытія не тождественна съ общею волею».

«Преступленіе, говорилъ Бернеръ въ первыхъ изданіяхъ своего учебника (§ 72), есть видъ безнравственнаго. Если бы законодательство угрожало наказаніемъ за нравственно-безразличное или даже за истинно-нравственное дѣяніе, то это было бы ниспроверженіемъ самой идеи преступленія» [2]).

---

1) Примѣры у Binding, Normen, § 22; у него же § 23 о нормахъ неписаннаго права.

2) Теперь онъ вовсе умалчиваетъ объ этомъ вопросѣ. На почвѣ отождествленія стоятъ: Hälschner, 1, § 179; Bar, Die Grundlagen des Strafrechts, 1869 г.; хотя Баръ въ § 7 приходитъ къ тому выводу, что не всѣ безнравственности, а только весьма малое ихъ число могутъ быть объектомъ карательной государственной дѣятельности. Если бы государство хотѣло карать всѣ безнравственности, то оно должно было бы пренебречь всѣми другими общественными интересами и все-таки не достигло бы своей цѣли; то же повторяетъ Bar въ Handbuch § 103, 104, 107.—Ср. въ особенности возраженія противъ Биндинга въ прим. 328. Ср. подробное изслѣдованіе вопроса у Netter, Das Princip der Vervollkommnung als Grundlage der Strafrechtsreform, 1900.

Но оправдывается ли такое положеніе содержаніемъ современныхъ уголовныхъ кодексовъ, можно ли примѣнять его со всѣми его послѣдствіями?

Конечно, не здѣсь мѣсто для изслѣдованія важнѣйшаго изъ вопросовъ этики объ отношеніяхъ морали и права, но и обойти его нельзя, не затемнивъ самаго понятія о преступномъ.

При разсмотрѣніи же существа вопроса, нельзя прежде всего терять изъ виду, что область безнравственнаго и преступнаго не покрываютъ другъ друга. Въ дѣйствительности несомнѣнно, замѣчаетъ Гуго-Мейеръ, что воровство, разбой, убійство въ наибольшемъ числѣ случаевъ являются и безнравственными дѣяніями, но, ближе присматриваясь, мы не можемъ сказать, чтобы это совпаденіе существовало всегда; напротивъ того, нельзя отрицать, что съ точки зрѣнія нравственности могутъ быть извиняемы даже такіе поступки, для коихъ право не знаетъ никакихъ оправданій. Самъ Бернеръ признавалъ, что законодатель долженъ воспрещать иногда такія дѣянія, которыя не безусловно безнравственны, которыхъ безнравственность главнымъ образомъ состоитъ въ томъ, что ими нарушается гражданская обязанность повиновенія требованіямъ закона. Мы можемъ различать между преступными дѣяніями, говоритъ онъ, безусловно и условно безнравственныя; безусловно безнравственны: убійство, воровство, прелюбодѣяніе; условно безнравственны: ношеніе оружія, нищенство и т. п. Дѣянія послѣдняго рода представляются по большей части только тогда безнравственными, когда власть, въ интересахъ общественнаго порядка, находитъ необходимымъ ихъ воспретить. Да, тогда они и въ дѣйствительности становятся безнравственными, такъ какъ тотъ, кто ихъ совершаетъ, грѣшитъ противъ общественнаго порядка [1]). Но, очевидно, такой силлогизмъ представляетъ testimonium paupertatis всего ученія о тождествѣ безнравственнаго и преступнаго, ставя доказательствомъ доказываемое, хотя, съ другой стороны, столь же несомнѣнно, что область безнравственнаго шире области преступнаго. Мораль опредѣляетъ не только наши обязанности къ другимъ людямъ, но и къ самому себѣ, даже и къ окружающему насъ міру, а право имѣетъ дѣло только съ людскими отношеніями: безнравственнымъ можетъ быть и нарушеніе обязанностей къ самому себѣ, но такое нарушеніе не составляетъ преступнаго дѣянія. Области преступнаго и безнравственнаго представляютъ два круга, находящіе другъ на друга, но взаимно не покрывающіеся [2]).

Далѣе, и въ тѣхъ предѣлахъ, гдѣ области преступнаго и безнравственнаго совпадаютъ, оцѣнка дѣянія, его сущности и значенія представляются иными въ морали и въ правѣ. Нравственность, установляя должное и справедливое, творитъ обязанности и черезъ то создаетъ соотвѣтственныя права; право, установляя правомѣрное и справедливое, творитъ права и черезъ то

---

1) Также Bar, Handbuch, § 110, находитъ моментъ безнравственности и во всѣхъ полицейскихъ нарушеніяхъ.

2) Уже поэтому теорія такъ называемаго этическаго минимума представляется недостаточною. Ср. Iellineck, Die socialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe, 1878; В. Соловьевъ Право и нравственность, 1897 стр. 26: «право есть низшій предѣлъ или нѣкоторый минимумъ нравственности, равно для всѣхъ обязательный».

создаетъ соотвѣтственныя обязанности. Еще Фейербахъ [1]) рѣзко выставилъ различіе вмѣненія моральнаго и юридическаго, и это различіе наглядно подтверждается наблюденіемъ явленій окружающей жизни. Нравственность имѣетъ всегда и исключительно въ виду внутреннюю сторону дѣянія, его мотивы и побужденія; нравственныя заповѣди опредѣляютъ душевный строй лица, безотносительно къ его внѣшнему выраженію; внѣшнее дѣйствіе есть случайная оболочка, не измѣняющая существа вмѣненія и оцѣнки поступка; право прежде всего имѣетъ въ виду объективныя свойство и значеніе совершеннаго, опредѣленныя внѣшнія проявленія содѣянія или бездѣйствія, и только отъ нихъ восходитъ къ внутренней сторонѣ поступка: виновность имѣетъ значеніе только при внѣшней вредоносности или опасности учиненнаго. Оттого дѣйствіе вполнѣ правомѣрное можетъ быть, тѣмъ не менѣе, глубоко безнравственнымъ: внѣшняя набожность, какъ средство обмана, раздача милостыни изъ-за полученія ордена, не будутъ заключать ничего преступнаго, но можно ли признать ихъ дѣяніями нравственными? Наоборотъ, воровство, учиненное единственно съ цѣлью оказать помощь лицу, глубоко нуждающемуся, спасти другого отъ нравственнаго паденія, будетъ дѣяніемъ наказуемымъ, но всегда-ли заклеймимъ мы учинившаго эпитетомъ безнравственнаго человѣка? Конечно, было бы глубокою ошибкою законодателя перенести на почву права условія нравственнаго вмѣненія: у правосудія человѣческаго нѣтъ тѣхъ средствъ изслѣдованія истины, нѣтъ того неподкупнаго, неумолимаго, а главное всевидящаго судіи, какова наша совѣсть. Да и нуждаются ли велѣнія нравственности въ той внѣшней охранѣ, въ томъ внѣшнемъ принужденіи, какимъ являются всѣ казни и взысканія человѣческаго правосудія, когда, говоря словами поэта:

«И въ будущемъ такой нѣтъ казни лютой,
Какъ та, которою душа караетъ
Сама себя!»

Наконецъ, еще важнѣе различіе самой сущности нормъ права и морали, хотя бы и воспрещающихъ дѣянія однородныя [2]). Нравственность дѣянія состоитъ въ согласіи его съ совѣстью дѣятеля, царство нравственности немыслимо безъ признанія нравственной свободы другихъ, безъ признанія верховенства личной совѣсти надъ нравственными понятіями, хотя бы и большинства: не могъ ли Спаситель міра, среди разъяренной толпы, кричащей:— «распни Его», сказать, прозрѣвая будущее,—«Я истина»?

Не таковы велѣнія права, нормъ юридическихъ. Какъ обязательное правило нашей дѣятельности, онѣ связываютъ всѣхъ и каждаго, независимо отъ убѣжденій лица въ раціональности или нераціональности этихъ требованій: dura lex, sed lex.

Конечно и велѣнія права не всегда осуществляются принужденіемъ; они могутъ быть исполняемы, да и исполняются всего чаще по доброй волѣ гражданъ,

---

[1]) Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, 1799 г., II, стр. 71 и сл., а также у Клейншрода, Grundzüge der Lehre von Zurechnung der Verbrechen, въ N. A. d. cr. R. 1817 г.

[2]) Binding, Normen, стр. 320, пр. 7; его же Problem der Strafe, стр. 423.

но за ними стоитъ возможность принужденія. Если бы исполненіе правовыхъ требованій зависѣло только отъ совѣсти и усмотрѣнія отдѣльныхъ гражданъ, то на мѣсто порядка и мира, необходимыхъ условій развитія всякаго общества, водворились бы безпрестанныя столкновенія и всѣ безпорядки анархіи. «Тамъ, говоритъ Боссюэтъ, гдѣ всѣ хотятъ дѣлать то, что желаютъ, никто не можетъ дѣлать того, что хочетъ» [1]).

Заповѣди нравственности субъективны, а нормы права объективны. Коренясь въ одномъ и томъ же источникѣ—человѣкѣ, онѣ идутъ и развиваются различными путями. Нормы права даются намъ въ руководство извнѣ, нормы нравственности суть жизненный укладъ, создавшійся у лица, сообразно съ его развитіемъ, со средою, въ которой онъ родился и живетъ, націею и эпохою, къ которымъ онъ принадлежитъ; субъективный характеръ нравственности сохранится и въ томъ случаѣ, когда мы рядомъ съ нравственными понятіями допустимъ бытіе нравственныхъ инстинктовъ, какъ продуктовъ того закона, который Принсъ назвалъ памятью природы—закона наслѣдственности. Человѣкъ носитъ въ себѣ идеалъ справедливости въ отношеніяхъ къ людямъ и сравниваетъ съ нимъ свои и чужіе поступки. Моральный судъ надъ дѣйствіями другихъ есть подведеніе чужихъ дѣйствій подъ законы нашей совѣсти; оттого эта оцѣнка такъ разнообразна и уклончива, особенно, если мы будемъ имѣть въ виду не сужденіе, столь часто не искреннее, на глазахъ другихъ, а судъ наединѣ съ собою [2]).

Если мы говоримъ о нравственныхъ понятіяхъ извѣстнаго кружка, среды, общества, эпохи, объ общечеловѣческихъ нравственныхъ идеалахъ и принципахъ, за которые гибли, шли на казнь и пропятіе мученики и борцы человѣчества, объ идеалахъ, давшихъ имъ великую силу, вѣру, сдвигавшую горы человѣческаго невѣжества, суевѣрія и животности, сдѣлавшую ихъ свѣточами міра, то мы все-таки говоримъ о принципахъ, хотя и выражающихъ, можетъ быть, унаслѣдованные слѣды умственной и нравственной жизни родичей, хотя и сложившихся подъ данными условіями развитія человѣческой культуры, но все-таки выращенныхъ или воспринятыхъ отдѣльными лицами, о принципахъ, которые, съ нашей точки зрѣнія, должны бы быть нравственными принципами каждаго человѣка, потому что онъ человѣкъ. Да и много ли насчитаемъ мы нравственныхъ истинъ, которыя въ дѣйствительности суть законы совѣсти каждаго въ окружающемъ насъ обществѣ!

Право и нравственность, объединяясь общимъ стремленіемъ осуществить въ земной юдоли, въ поступательномъ движеніи человѣчества, неумирающій идеалъ разумной организаціи общественнаго строя, водворить въ мірѣ царство правды и свободы, разнствуютъ въ путяхъ и средствахъ достиженія этихъ идеаловъ, различно претворяя въ живую дѣйствительность вѣковѣчныя praecepta virtutis.

---

1) Bertauld, стр. 671; у него, а также у Ortolan, № 8 и сл., весьма краснорѣчивыя указанія на необходимость различія законовъ нравственныхъ и юридическихъ; ср. Сергѣевскій, О правѣ наказанія, стр. 436 и сл.: «законы этики связываютъ отдѣльное лицо только настолько, насколько они, при тщательномъ ихъ анализѣ, находятъ отзвучіе въ собственной совѣсти подчиняющагося».

2) Ср. этнографическіе и историческіе примѣры измѣнчивости понятій о нравственномъ и безнравственномъ, у Makarevitsch, Das Wesen der Verbrechen, 1896.

Оттого преступное не можетъ и не должно быть отождествляемо съ безнравственнымъ: такое отождествленіе, какъ свидѣтельствуютъ горькіе уроки исторіи, ставило правосудіе на ложную стезю; вносило въ область карательной дѣятельности государства преслѣдованіе идей, убѣжденій, страстей и пороковъ; заставляло земное правосудіе присвоивать себѣ аттрибуты суда совѣсти [1]).

7. Сходно рѣшается вопросъ объ отношеніяхъ понятій грѣха и преступленія [2]). Хотя, въ противоположность нравственности, велѣнія религіи, какъ догмы, подобно велѣніямъ права, имѣютъ объективный, а не субъективный характеръ, суть велѣнія авторитетной воли, налагающей на каждаго вѣрующаго обязанности, но тѣмъ не менѣе области религіи и права также не покрываютъ другъ друга, вмѣненіе религіозное также не тождественно съ юридическимъ.

Нормы религіозныя, какъ и нравственныя, регулируютъ не только взаимныя отношенія людей, но и отношенія человѣка къ самому себѣ и къ Богу; въ этомъ смыслѣ область грѣховнаго, какъ нарушенія обязанностей религіозныхъ, шире области преступнаго. Съ другой стороны, если между преступными дѣяніями существуютъ такія, которыя не затрогиваютъ принциповъ нравственности, то еще болѣе найдемъ мы между ними дѣяній религіозно-безразличныхъ: нарушаются ли требованія религіи при большинствѣ такъ называемыхъ полицейскихъ нарушеній, при нарушеніяхъ уставовъ акцизныхъ и т. д.? Заповѣдь земного правосудія ставитъ одинъ основной предѣлъ человѣческому эгоизму: «не вреди ближнему твоему»; но ту ли тяготу возлагаетъ на насъ воля Всевышняго? «Азъ же глаголю вамъ: любите враги ваши, благословите клянущія вы, добро творите ненавидящимъ васъ и молитеся за творящія вамъ напасть и изгоняющія вы».

Оттого, не становясь фарисеями, готовясь предстать предъ вѣчнымъ судіею, правда не многіе, но все-таки нѣкоторые могутъ сказать: я не былъ ни грабителемъ, ни воромъ, ни насилователемъ, я соблюлъ законъ и его требованія, но по отношенію къ исполненію заповѣдей религіи, каждый ежечасно можетъ лишь повторять скорбную молитву мытаря: «Боже, милостивъ буди мнѣ грѣшному!», ибо, какъ смиренно взываетъ къ источнику всепрощенія православная церковь въ послѣдней молитвѣ за усопшаго брата: «нѣсть человѣкъ иже живъ будетъ и не согрѣшитъ, Ты бо единъ, кромѣ грѣха, и правда Твоя, правда во вѣки, и слово Твое истина».

Къ тому же велѣнія религіи по необходимости конфессіональны: ея заповѣди стоятъ въ прямомъ соотношеніи съ основами того или другаго вѣроученія, и, конечно, мы не можемъ признать тождества правилъ жизни и поведенія, предписываемыхъ христіанствомъ и язычествомъ, магометанствомъ и еврействомъ; а велѣнія права, коихъ нарушеніе образуетъ область преступ-

---

1) Въ этомъ отношеніи нельзя не вспомнить, что первый изъ великихъ мыслителей XVII вѣка, теоретически развившій ученіе о различіи областей нравственности и права, Христіанъ Томазій, явился въ общественной жизни поборникомъ религіозной и нравственной свободы.

2) Тѣ же соображенія повторяются у В. Есипова, Грѣхъ и преступленіе, святотатство и кража, 1894 г.

наго, запрещаютъ и приказываютъ безотносительно къ религіознымъ вѣрованіямъ тѣхъ, къ кому обращается авторитетная воля государства.

Также глубоко различенъ и принципъ вмѣненія. Судъ Божескій, какъ и судъ совѣсти, зритъ тайные помыслы людей, зритъ то, что скрыто для суда земнаго, и одинаково почитаетъ виновнымъ и прелюбодѣя и того: «еже воззритъ на жену, во еже вожделѣти ея», потому что и онъ «уже любодѣйствова съ нею въ сердцѣ своемъ». Оттого и послѣдствія нарушенія религіозныхъ заповѣдей имѣютъ такой же внутренній характеръ: религія требуетъ отъ согрѣшившаго покаянія и раскаянія, и притомъ не видимаго и внѣшняго, а исходящаго изъ сердца; объ истинномъ судѣ церкви говоритъ Іоаннъ Златоустъ: «здѣсь врачебница, а не судилище, здѣсь не истязуютъ, а даютъ прощеніе во грѣхахъ».

Между тѣмъ въ исторіи уголовнаго законодательства смѣшеніе грѣховнаго и преступнаго встрѣчалось нерѣдко, одинаково вредя и церкви и государству, внося вражду и насиліе въ царство любви и свободы. Примѣры такого смѣшенія у насъ, напр., мы встрѣтимъ не только въ эпоху судебниковъ [1]), но и позднѣе, въ эпоху уложенія царя Алексѣя, когда забвеніе Божьяго страха ставилось существеннымъ условіемъ преступности. Еще въ 1674 г. (п. с. з., 570) царь указывалъ: «нынѣ приспе время святаго и великаго поста къ покаянію на очищеніе отъ грѣхъ всѣмъ православнымъ христіанамъ, и вы бъ приходили къ церкви Божіей во вся дни и молились Господу Богу и у отцовъ своихъ духовныхъ исповѣдывались, а которые сподобятся Святыхъ Божіихъ Тайнъ и тѣ причащались, также и домочадцамъ своимъ велѣли къ церквамъ Божіимъ приходить и исповѣдываться имъ, а въ соборѣ и по приходскимъ церквамъ указалъ великій государь досматривать, кто учнетъ приходить, а которые къ церквамъ Божіимъ для моленія приходить и поститися не станутъ, и тѣмъ отъ великаго государя быть въ наказаньѣ».

Да и дѣйствующее наше право далеко не безупречно въ этомъ отношеніи. Въ уставѣ о предупрежденіи и пресѣченіи преступленій изданія 1890 г., на гражданское и военное начальство возлагается (ст. 20 и сл.) наблюденіе за тѣмъ, чтобы православные ежегодно исповѣдывались и причащались въ постъ или иное время и дѣтей старше 7 лѣтъ приводили къ исповѣди и причастію, а о нераскаянныхъ грѣшникахъ, не исполняющихъ христіанскаго долга, епархіальныя власти сообщаютъ гражданскому начальству на его разсмотрѣніе; законъ предписываетъ гражданамъ, чтобы они по праздникамъ воздерживались наиболѣе отъ безпутной жизни и ходили въ церковь къ слушанію службы Божіей, и особливо литургіи (ст. 23); чтобы на святкахъ, по нѣкоторымъ стариннымъ идолопоклонническимъ преданіямъ, игрища не заводились и чтобы граждане, наряжаясь въ кумирскія одѣянія, по улицамъ пляски не производили и соблазнительныхъ пѣсенъ не пѣли (ст. 28); чтобы на Пасху не бывающихъ у заутрени не купали и водою не обливали (ст. 29); чтобы къ церкви Божіей были почтительны и входили въ храмъ съ благоговѣніемъ, безъ усилія (ст. 3); чтобы предъ иконами стояли какъ благочестій-

---

1) Ср. Суворовъ, «О церковныхъ наказаніяхъ», 1876 г., стр. 19 и сл.

ность и святость мѣста требуютъ (ст. 6); чтобы во время божественной службы никакихъ разговоровъ не чинили, а пребывали со страхомъ въ тишинѣ и во всякомъ почтеніи (ст. 7). Точно также и по II-му тому на губернаторовъ, какъ высшихъ мѣстныхъ правительственныхъ органовъ, возлагается обязанность тщательнаго наблюденія, чтобы ереси, расколы и другія, предразсудками и невѣжествомъ порождаемыя, заблужденія не были распространяемы между жителями (общ. учр. губ. ст. 298).

Въ соотвѣтствіе съ этими запретами, уложеніе о наказаніяхъ 1845 г. знало особое отдѣленіе «о уклоненіи отъ исполненія постановленій церкви»; а въ число карательныхъ мѣръ вносило церковное покаяніе, назначаемое то какъ самостоятельное, то какъ дополнительное наказаніе, налагавшееся, впрочемъ, по ст. 1002 и 1003 уст. уг. суд. изд. 1883 г., духовными судами, и только дѣйствующее уложеніе освободилось отъ этого вторженія свѣтской власти въ недосягаемую для нея сферу Божьяго устроенія.

8. Такимъ образомъ, преступное дѣяніе есть преступленіе или нарушеніе нормъ или заповѣдей права, велѣній авторитетной воли, коими регулируются наши юридическія отношенія другъ къ другу или къ цѣлому, т. е. къ обществу или государству, опредѣляются, въ интересахъ цѣлаго, границы свободной дѣятельности каждаго.

Но такое опредѣленіе преступнаго дѣянія при ближайшемъ его разсмотрѣніи, представляется недостаточно полнымъ и формальнымъ [1]).

Норма права сама по себѣ есть формула, понятіе, созданное жизнью, но затѣмъ получившее самостоятельное, отвлеченное бытіе. Норма можетъ получить жизненный обликъ, стать реальнымъ элементомъ юридической жизни, но не всегда существуютъ необходимыя для этого условія, а между тѣмъ преступное дѣяніе есть всегда и безусловно жизненное явленіе. Норма, охраняющая неприкосновенность авторскихъ правъ, можетъ быть преступно нарушена только при существованіи авторскаго права опредѣленнаго лица, охраняемаго этою нормою; всякая юридическая норма, какъ отвлеченное положеніе, можетъ быть оспариваема, критикуема, непризнаваема; но только норма, имѣющая реальную жизнь, можетъ быть нарушаема. Только жизненность дѣлаетъ норму практическою силою, не только наставляющею, но и руководящею жизнью общества и государства.

---

1) Анализъ отношенія юридическихъ нормъ и преступнаго дѣянія былъ впервые ясно и вполнѣ самостоятельно поставленъ Биндингомъ въ его 1-мъ изд. Normen, § 5 и сл.; болѣе сжато изложенъ въ его Handbuch, § 31; ср. также 2-е изд. Normen, §§ 50 и 51. Теорію Биндинга я положилъ въ основу моихъ лекцій по уголовному праву еще съ курса 1873 г. Желчная критика ученія Биндинга, сдѣланная Листомъ въ статьѣ Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuche, L. Z. VI, стр. 663 и слѣд., сводится болѣе къ неудачнымъ примѣрамъ и выраженіямъ, а не къ существу дѣла (ср. въ особенности Binding, Grundriss въ 5 изд. 1897 г. § 17, IV и § 44), и Биндингъ правъ, причисляя во 2-мъ изд. Normen, § 9, пр. 19, Листа къ сторонникамъ его Normentheorie. Ср. Kessler, Rechtsgut oder rechtsgeschütztes Interesse, oder subjectives Recht въ G. XXXIX, №2; его же въ G. XL, стр. 580; Finger, Rechtsgut oder rechtlich geschütztes Interesse, G. XL, стр. 139 и слѣд.; Liszt, Der Begriff des Rechtsgutes im Strafrecht und in der Encyclopädie, L. Z. VIII, стр. 134; Zucker, Einige Bemerkungen über Norm und Strafgesetz, L. Z. IX, стр. 270; L. Oppenheim, Die Objecte des Verbrechens. 1894.

Конечно, ученіе о юридическихъ нормахъ, теорія ихъ образованія, распознаванія, анализъ ихъ структуры, относясь къ общему ученію о правѣ, выходятъ за предѣлы моего курса, но нѣкоторыя указанія въ этомъ отношеніи необходимо сдѣлать и здѣсь для выясненія юридическаго понятія о преступномъ дѣяніи.

9. Какъ проявленіе повелѣвающей воли, содержащее приказъ или запретъ, норма права заключаетъ въ себѣ требованіе и огражденіе: въ одномъ направленіи она ограничиваетъ, а въ другомъ защищаетъ [1]), для одного создаетъ должное—обязанность, для другого возможное—право въ субъективномъ смыслѣ; первое есть отрицательный, второе—положительный моментъ нормы.

Соотвѣтственно сему возникло двоякаго рода опредѣленіе преступныхъ дѣяній: какъ нарушенія субъективной обязанности или какъ посягательства на субъективное право.

Первое воззрѣніе выдвигали особенно тѣ писатели, которые болѣе или менѣе отождествляли понятіе преступнаго и безнравственнаго. Такъ, Росси (русск. перев., I стр. 194 и сл.) говоритъ: существеннымъ элементомъ преступленія является нарушеніе обязанности. Каковы бы ни были страданія, нѣтъ преступленія, если не было нарушенія обязанности; но если было такое нарушеніе, то каковы бы ни были наслажденія, является необходимо преступленіе, при чемъ, опредѣляя понятіе нарушаемой обязанности, Росси ограничиваетъ ее двумя признаками: «существенно необходимою» и «во вредъ обществу или индивиду» [2]).

Но даже и съ этими ограниченіями такое опредѣленіе является прежде всего не яснымъ. Какую юридическую обязанность нарушаетъ преступникъ: общую или особенную?

Если общую, то какую именно? Обязанность ли подчиняться требованіямъ авторитетной власти, нормамъ права, или обязанность не вредить ближнему? При такомъ воззрѣніи, все разнообразіе преступной дѣятельности сводится къ одному типу—неповиновенію закону или причиненію вреда; но какъ же объяснить тогда существующее различіе уголовныхъ правонарушеній?

Если же понятіе обязанности понимать въ смыслѣ спеціальномъ—нарушенія обязанности не убивать, не красть, исполнять санитарно-общественныя требованія и т. д., то и тогда опредѣленіе преступнаго дѣянія сохранитъ свою отвлеченность, такъ какъ при такомъ опредѣленіи отходитъ на второй планъ или и вовсе исчезаетъ индивидуальная объективная сторона учиненнаго, придающая то или другое значеніе дѣянію и его карательной оцѣнкѣ.

Нарушеніе обязанности не имѣетъ непосредственнаго отношенія къ наступившимъ отъ такого нарушенія послѣдствіямъ и даже по времени можетъ не совпадать съ ними, затрудняя опредѣленіе момента окончанія преступныхъ посягательствъ. А что сказать о процессуальныхъ послѣдствіяхъ

---

1) Право, справедливо замѣчаетъ Листъ, не только Friedens, но и Kampfordnung.

2) Такое же опредѣленіе изъ русскихъ криминалистовъ принимаютъ Калмыковъ и Пусторослевъ. Ср. Есиповъ, стр. 81.

такого опредѣленія преступленія. Можно ли допустить такую формулировку обвиненія въ убійствѣ: виновенъ ли Ивановъ въ томъ, что въ ночь на 25 Сентября съ обдуманнымъ заранѣе намѣреніемъ нарушилъ свою обязанность не лишать жизни Петрова,—взамѣнъ нынѣ употребляемой формулы: виновенъ ли Ивановъ въ томъ, что въ ночь на 25 Сентября съ обдуманнымъ заранѣе намѣреніемъ лишилъ жизни Петрова? Что станется при такомъ опредѣленіи преступленія съ потерпѣвшимъ, его правами и интересами?

Необходимо, слѣдовательно, обратиться къ другому, положительному моменту нормы, къ установляемымъ и охраняемымъ ею правамъ.

Положительное и есть тотъ жизненный элементъ нормы, на который посягаетъ нарушающій норму. Но ближайшая характеристика этого момента въ доктринѣ представляется различною. Одни, выходя изъ того, что понятію субъективной обязанности противополагается субъективное право, въ посягательствѣ на послѣднее видятъ существенный и даже исключительный признакъ преступнаго дѣянія. Такъ, А. Фейербахъ (§ 21) опредѣляетъ преступленіе, какъ дѣяніе, нарушающее угрозу уголовнаго закона и посягающее на чье либо право. В. Спасовичъ, въ своемъ учебникѣ (стр. 84), рядомъ съ разобраннымъ выше практическимъ опредѣленіемъ преступленія, ставитъ другое—теоретическое: «преступленіе есть противозаконное посягательство на чье либо право, столь существенное, что государство, считая это право однимъ изъ необходимыхъ условій общежитія, при недостаточности другихъ средствъ охранительныхъ, ограждаетъ ненарушимость его наказаніемъ» [1]). Преступное дѣяніе заключается по этому взгляду или въ уничтоженіи чьего либо права, или въ воспрепятствованіи къ пользованію имъ, или въ невыполненіи чьихъ либо законныхъ требованій.

Но и такое опредѣленіе на мой взглядъ представляется невѣрнымъ по формѣ и одностороннимъ по существу.

Прежде всего, говоря о субъектахъ правъ, на которыя посягаетъ виновный, мы придаемъ этому понятію совершенно своеобразное значеніе. Понятіе субъекта въ этомъ опредѣленіи не ограничивается право и дѣеспособными факторами юридическихъ отношеній, о конхъ говоритъ право гражданское, не ограничивается лицами физическими и юридическими, но это понятіе распространяется на такія фиктивныя единенія, которыя иногда не имѣютъ никакой опредѣленной юридической структуры, таковы: семья, церковь, въ смыслѣ единенія вѣрующихъ, край, находящійся въ голодной нуждѣ, все общество и т. п. Представленіе о субъектѣ правъ, охраняемыхъ уголовнымъ закономъ, создается путемъ искусственнаго отвлеченія отъ описанныхъ въ диспозитивной части уголовнаго закона признаковъ преступнаго дѣянія. Не даромъ же творецъ этой доктрины Фейербахъ, въ § 22, относитъ свое опредѣленіе только къ преступленіямъ въ тѣсномъ смыслѣ (Rechtsverletzungen), не распространяя его на полицейскія нарушенія, въ конхъ нарушается только право государства на послушаніе, причемъ объемъ этой послѣдней группы у него представляется весьма широкимъ; да и въ первой категоріи Фейербаху

---

1) Тотъ же взглядъ изъ новыхъ нѣмецкихъ писателей проводятъ Berner, Waechter и Loening въ Grundriss, стр. 101. Ср. Liszt, § 12, пр. 1.

пришлось допустить такую произвольную классификацію нѣкоторыхъ преступныхъ дѣяній, которая давно отвергнута и теоріею и практикою; таково, напр., отнесеніе богохуленія къ обидамъ, прелюбодѣянія къ нарушеніямъ правъ, изъ договоровъ вытекающихъ, и т. д.

Далѣе, даже и въ той группѣ, гдѣ преступное дѣяніе нарушаетъ права опредѣленныхъ субъектовъ въ юридическомъ смыслѣ этого слова, посягательство на субъективное право составляетъ не сущность, а только средство, путемъ коего виновный посягаетъ на норму права, на которой покоится субъективное право. Однимъ изъ существенныхъ признаковъ субъективнаго права является уполномочіе его обладателя на пользованіе или непользованіе имъ, на его защиту отъ нападенія, на возстановленіе нарушеннаго права; но не то мы видимъ при преступныхъ дѣяніяхъ. Конечно, существуютъ преступныя дѣянія, преслѣдованіе коихъ возможно только по волѣ и усмотрѣнію пострадавшаго, но они составляютъ исключеніе: воровство, мошенничество несомнѣнно заключаютъ въ себѣ посягательство на субъективное имущественное право, но воръ, мошенникъ подлежатъ, однако, наказанію, хотя бы пострадавшій простилъ виновнаго, не имѣлъ желанія возстановлять нарушенное право. Да и въ тѣхъ случаяхъ, когда возбужденіе преслѣдованія зависитъ отъ воли пострадавшаго, нерѣдко самое преслѣдованіе ведется уже отъ имени государства, его органами (напр. при изнасилованіи), а наказаніе во всякомъ случаѣ налагается во имя и ради государственныхъ интересовъ.

Наконецъ, разбираемое опредѣленіе не точно и въ томъ отношеніи, что право въ субъективномъ смыслѣ въ свою очередь представляетъ отвлеченное понятіе, какъ и норма, а потому само по себѣ, по общему правилу, не можетъ быть непосредственнымъ объектомъ преступнаго посягательства, пока оно не найдетъ выраженія въ конкретно существующемъ благѣ или интересѣ. Каждое лицо въ государствѣ можетъ быть субъектомъ авторскаго права, или права владѣть и пользоваться движимостями и недвижимостями и т. п., но для преступнаго посягательства на такое право, за немногими исключеніями, когда преступность заключается именно въ захватѣ непринадлежащаго виновному права или только въ отрицаніи принадлежащаго другому права, необходимо посягательство на проявленіе этого права; для бытія преступнаго дѣянія необходимъ опредѣленный, матеріально или идеально существующій, правопроявляющій предметъ. Субъективное право дѣлается доступнымъ для посягательства на него только тогда, когда оно реализовалось, воплотилось въ сочиненіи, картинѣ, домѣ, помѣстьи и т. п. [1]).

10. Такимъ образомъ, жизненнымъ проявленіемъ нормы можетъ быть лишь то, что вызываетъ ея возникновеніе, даетъ ей содержаніе, служитъ ей оправданіемъ — это интересъ жизни, интересъ человѣческаго общежитія,

---

1) Хотя Биндингъ, во 2-мъ изданіи Normen I, § 49, придаетъ бо́льшее, чѣмъ прежде, значеніе моменту посягательства на субъективное право, но считаетъ таковымъ право властителя на подчиненіе его велѣніямъ, а потому и опредѣляетъ delict, какъ die schuldhafte Verletzung des Rechts auf Botmässigkeit, по отношенію же къ отдѣльнымъ субъективнымъ правамъ признаетъ (стр. 338), что за немногими исключеніями всякое посягательство на субъективное право осуществляется только путемъ посягательства на правовое благо, и безъ этого послѣдняго условія немыслимо.

употребляя это выраженіе въ широкомъ собирательномъ значеніи всего того, что обусловливаетъ бытіе и преуспѣяніе отдѣльнаго лица, общества, государства и всего человѣчества въ ихъ физической, умственной и нравственной сферахъ [1]). Жизнь общественная въ ея индивидуальныхъ и общественныхъ проявленіяхъ творитъ интересы и вызываетъ ихъ правоохрану, въ силу чего эти интересы получаютъ особое значеніе и структуру, облекаются въ значеніе юридическихъ благъ (Rechtsgüter) и, какъ таковые, даютъ содержаніе юридическимъ нормамъ и въ то же время служатъ ихъ жизненнымъ проявленіемъ, образуя своею совокупностью жизненное проявленіе правопорядка [2]). При этомъ нельзя забывать, что, обращая интересъ жизни въ правовое благо, право не только признаетъ бытіе этого интереса, не только даетъ ему охрану и защиту, но видоизмѣняетъ его въ объемѣ, формѣ, иногда даже въ содержаніи, сглаживая его частный, индивидуальный характеръ и придавая ему соціальное, общественное значеніе. Основной принципъ разумной государственной жизни, служащій оправданіемъ бытія государства,—цѣлое для частнаго и каждый для всѣхъ, всего рельефнѣе выражается въ этой творческой работѣ права, въ созиданіи правовыхъ благъ, и чѣмъ разумнѣе и цѣлесообразнѣе государственный строй, тѣмъ сильнѣе и полнѣе вносимыя правомъ измѣненія. Эти измѣненія находятъ свое проявленіе въ интересахъ частныхъ, общественныхъ, государственныхъ; въ интересахъ личныхъ, а въ особенности имущественныхъ. Интересы самоудовлетворенія, извлеченія пользы, наслажденія изъ находящихся въ нашемъ обладаніи, пріобрѣтенныхъ, заработанныхъ нами или перешедшихъ къ намъ предметовъ матеріальнаго міра, обращаясь въ объекты юридическаго пользованія, владѣнія, въ объекты права собственности, теряютъ свой эгоистически-личный характеръ, подвергаясь, хотя можетъ быть и далеко не въ достаточномъ объемѣ, альтруистически-общественнымъ ограниченіямъ [3]).

---

1) Интересомъ можетъ быть не только все то, что служитъ къ удовлетворенію потребностей, но и то, что даетъ возможность, облегчаетъ, а иногда устраняетъ или затрудняетъ ихъ удовлетвореніе и т. п.; коль скоро таковое благо ставится въ извѣстное отношеніе къ лицу, получаетъ для него извѣстное значеніе, оно обращается въ интересъ жизни. Ср. Kohler, Studien, 1890 г., стр. 161. Попытки перенести понятіе объекта посягательства на правовой интересъ встрѣчаются еще у Birnbaum и въ особенности у Schütze; ср. Oppenheim стр. 8.

2) Какъ говоритъ Binding, Normen, I, § 50, der Inbegriff der durch Normen gesicherten Güter bildet das Güterkapital der Rechtsordnung.

3) Въ силу этого претворенія и измѣненія, для меня понятія правоваго блага и жизненнаго интереса не представляются тождественными; но во всякомъ случаѣ право, и въ частности уголовное право, имѣетъ дѣло съ правовыми благами. Иное различіе между интересомъ и правовымъ благомъ даетъ Liszt въ L. Z. VIII, стр. 141, называя интересомъ значеніе, которое имѣетъ бытіе (der Eintritt oder Nicht-Eintritt einer bestimmten Veränderung) чего либо для человѣка, а благомъ то, въ силу чего это бытіе имѣетъ значеніе; но онъ самъ прибавляетъ, что это различіе не имѣетъ ни практической, ни теоретической цѣны. Кромѣ того, Листъ въ L. Z. VIII, стр. 151 различаетъ еще правоохраненный интересъ, какъ понятіе, и его индивидуальное проявленіе—жизнь и жизнь Петра, Ивана; вещь и часы, кошелекъ; первое онъ называетъ объектомъ преступленія (въ отвлеченномъ смыслѣ), а второе объектомъ преступнаго дѣянія (въ конкретномъ смыслѣ). Но при всей правильности этого различія оно не имѣетъ существеннаго значенія для установленія понятія о преступномъ дѣяніи, и самъ Листъ въ послѣднихъ изданіяхъ учебника не упоминаетъ объ этомъ различіи. Также не существенно въ этомъ отношеніи различіе между Schützobject и Verbrechensobject (вѣрнѣе

Такимъ образомъ, посягательство на норму права въ ея реальномъ бытіи, есть посягательство на правоохраненный интересъ жизни, на правовое благо.

Этимъ опредѣленіемъ преступнаго дѣянія, думается мнѣ, не только устанавливается внѣшній, юридически-характеристическій признакъ преступнаго дѣянія, но и правильно выясняется его юридическая сущность.

Если мы будемъ въ преступленіи видѣть только посягательство на норму, на велѣнія правопроизводящей авторитетной воли, создающей для одной стороны право требовать подчиненія этимъ велѣніямъ, а для другой—обязанность такого подчиненія, будемъ придавать исключительное значеніе моменту противоправности учиненнаго, то преступленіе сдѣлается формальнымъ, жизненепригоднымъ понятіемъ, напоминающимъ у насъ воззрѣнія эпохи Петра Великаго, считавшаго и мятежъ, и убійство, и ношеніе бороды, и срубку заповѣднаго дерева равно важными дѣяніями, достойными смертной казни, ибо все это виноватый дѣлалъ, одинаково не страшася царскаго гнѣва.

Если, наоборотъ, считать сущностью преступленія посягательство на интересъ, придавать исключительное значеніе моменту жизненной вредоносности учиненнаго, то утратитъ всякое значеніе соціальная сторона преступной дѣятельности, исчезнетъ возможность надлежащей оцѣнки проявившейся въ преступленіи личности преступника, оцѣнки видовъ виновности, сдѣлается невозможною правильная оцѣнка карательныхъ мѣръ.

Только при признаніи одинаковаго значенія обоихъ моментовъ преступнаго дѣянія получится болѣе правильное представленіе и объ его юридической сущности. Правоохрана отграничиваетъ правовое благо отъ интереса вообще, придаетъ ему особое значеніе, налагаетъ по отношенію къ нему на гражданъ извѣстныя обязанности, но конечно не дѣлаетъ изъ него фетиша, почитаемаго независимо отъ выражаемой имъ идеи. Дѣйствительное значеніе «правоваго блага» для лица, общества или государства заключается не въ одной его правоохранѣ, а вмѣстѣ съ тѣмъ въ его жизненной роли. Поэтому, если съ одной стороны, какъ справедливо замѣчаетъ Гельшнеръ[1]), несомнѣнно, что преступное дѣяніе, хотя и имѣетъ своимъ непосредственнымъ объектомъ конкретное благо, но сущность его не исчерпывается вредомъ и опасностью, причиняемыми этому благу, а, по преимуществу, заключается въ противодѣйствіи, оказываемомъ имъ господству права въ государствѣ, то, съ другой стороны, также очевидно, что сравнительная важность отдѣльныхъ преступныхъ дѣяній для правопорядка опредѣляется не этимъ противодѣйствіемъ праву, даже не проявленною виновнымъ энергіею этого противодѣйствія, а значе-

---

Handlungsobject), которое устанавливаетъ Oppenheim §§ 25 и сл., понимая подъ первыми тотъ интересъ, который берется подъ охрану правомъ—жизнь, собственность, тѣлесная неприкосновенность, общественная тишина, а подъ вторымъ—тѣ конкретные предметы, надъ которыми или чрезъ которые выполняется данное преступное дѣяніе—глазъ, рука, нога, часы, кошелекъ, завѣщаніе, вексель, и т. п., и притомъ взятые опять таки не абстрактно,—а индивидуально. Какъ справедливо замѣчаетъ Биндингъ—этимъ различеніемъ не устанавливается новый видъ объекта, а только поясняется юридическое понятіе о таковомъ.

[1]) § 180, а также § 9; у него вообще обстоятельный разборъ этой стороны вопроса, а также у Köstlin, § 6.

ніемъ правоохраненнаго интереса, на который направлялось посягательство. Это значеніе вліяетъ не только на признаніе преступности и наказуемости посягательства, но и на мѣру и условія его наказуемости. Какъ говоритъ Іерингъ, «Der Tarif der Strafe ist der Werthmesser der socialen Güter» [1]).

11. Такими правоохраняемыми интересами могутъ быть: личность и ея блага—жизнь, тѣлесная неприкосновенность, личныя чувствованія, честь, обладаніе или пользованіе извѣстными предметами внѣшняго міра; проявленіе личности во внѣ, свобода передвиженія и дѣятельности въ ея различныхъ сферахъ; возникшія въ силу этой дѣятельности извѣстныя отношенія или состоянія—ихъ неизмѣняемость, ненарушимость; различныя блага, составляющія общественное достояніе и т. п.

Причемъ, конечно, не всякій интересъ этихъ группъ получаетъ правоохрану, а, по справедливому замѣчанію Биндинга, только тотъ, который можетъ имѣть общественное значеніе (Socialwerth) [2]).

Сумма такихъ правоохраненныхъ интересовъ, обрисовка каждаго изъ нихъ въ отдѣльности, ихъ взаимное отношеніе и т. п. измѣняются въ исторіи каждаго народа, сообразно съ измѣненіемъ условій государственной и общественной жизни, съ развитіемъ культуры [3]). Стоитъ только въ этомъ отношеніи сравнить, напр., объемъ такихъ правоохраненныхъ интересовъ по Русской Правдѣ съ одной, и по дѣйствующему уголовному уложенію съ другой стороны. Этимъ же объясняется невозможность установленія одного какого нибудь признака, могущаго служить основаніемъ правоохраны интересовъ и построенія понятія о такъ называемомъ естественномъ преступномъ дѣяніи [4]).

Охраняемые интересы могутъ имѣть реальный характеръ—жизнь, здоровье, неприкосновенность владѣнія, или идеальный—честь, религіозное чувство, благопристойность, и т. д.

---

[1]) Такое воззрѣніе на сущность преступнаго дѣянія, казалось-бы, объединяетъ, какъ сторонниковъ такъ называемой Interessentheorie—Liszt, Merkel и др., такъ и представителей Normentheorie, какъ Binding, Finger и др., такъ какъ замѣчаніе Меркеля, стр. 16, что Биндингъ видитъ сущность преступленія единственно въ оказанномъ преступникомъ неповиновеніи авторитетной волѣ, не точно; ср. 2-ое изд. Normen, I § 52, Grundriss § 17, VI: моментъ неповиновенія, неподчиненія указываетъ на ***единственный источникъ***, обращающій дѣяніе въ неправомѣрное, но основаніе преступности не то же, что сущность.

[2]) Ср. систематическій обзоръ правовыхъ благъ, какъ основу дѣленія особенной части уголовнаго права у Liszt, L. Z. VIII, стр. 147 и слѣд.

[3]) Ср. Merkel, § 4.

[4]) Такія опредѣленія являются или крайне туманными, или въ сущности совершенно условными; таковы опредѣленія писателей ново-итальянской школы, напр., Гарофало.—«Во всякое время и во всякомъ мѣстѣ, нарушающія извѣстное обычное чувство благорасположенія или человѣчности и справедливости или честности» (Sentiment moyen de pitié et de justice); опредѣленіе Colojanni и Ferri,—что преступленіе есть дѣяніе, вызываемое побужденіями личными и антисоціальными, которое потрясаетъ условія существованія и оскорбляетъ средній уровень нравственности извѣстнаго народа въ данный моментъ его существованія; или же въ высшей степени сложное опредѣленіе Tarde,—всѣ дѣянія, порождаемыя вездѣ и всегда тѣми органическими побужденіями человѣческой природы, кои тождественны всегда и повсюду, дѣянія, противорѣчащія основнымъ условіямъ соціальной жизни и вызывающія всегда и повсюду неодобреніе и порицаніе. Ср. Thiry, стр. 134.

Эти интересы могутъ принадлежать отдѣльному лицу физическому или юридическому, или отдѣльнымъ общеніямъ, существующимъ въ государствѣ, но не составляющимъ лицъ юридическихъ, или всей совокупности общественныхъ факторовъ, всему обществу, или, наконецъ, государству, какъ юридически организованному цѣлому.

При этомъ правоохраненный интересъ можетъ входить въ юридическую сферу опредѣленнаго субъекта и тогда посягательство на интересъ будетъ посягательствомъ и на субъективное право, или же извѣстный интересъ охраняется правовыми нормами исключительно, какъ общественное достояніе или благо, независимо отъ принадлежности его тому или другому субъекту.

По общему правилу, такою охраною пользуются блага, находящіяся въ области или предѣлахъ государства, на его территоріи; но эта охрана можетъ распространяться и за предѣлы территоріи, причемъ охрану могутъ получить не только блага, обладатели коихъ, принадлежа къ гражданамъ государства, имѣютъ право, какъ его подданные, на таковую охрану, но, при современныхъ международныхъ отношеніяхъ, такая охрана можетъ распространяться и на блага, не состоящія подъ непосредственною властью государства, блага, охраняемыя союзомъ государствъ.

Правоохрана можетъ относиться или къ самому интересу, защищая его непосредственно отъ разрушенія, уничтоженія или измѣненія, или охрана можетъ быть направлена на юридическое отношеніе лица къ таковому благу— охрана возможности и свободы владѣть, распоряжаться или пользоваться таковымъ благомъ или интересомъ.

Охрана интереса нормами права выражается въ воспрещеніи дѣйствій, направленныхъ на причиненіе вреда этому интересу, въ наложеніи обязанности воздерживаться отъ извѣстныхъ дѣйствій, такъ что нарушенія нормъ этого рода будутъ всегда преступными содѣяніями, составляющими главную массу уголовныхъ нарушеній. Но могутъ быть случаи, когда извѣстный интересъ представляется столь существеннымъ, что государство не только воспрещаетъ посягательство на него, но требуетъ, при извѣстныхъ условіяхъ, отъ каждаго гражданина или отъ извѣстной группы гражданъ прямаго содѣйствія охранѣ этого интереса, требуетъ извѣстной дѣятельности, такъ что нарушеніе нормъ этого рода будетъ преступнымъ бездѣйствіемъ.

При этомъ въ обоихъ случаяхъ какъ воспрещенія, такъ и требованія, норма права, по общему правилу, воспрещаетъ всякую виновную дѣятельность или всякое виновное бездѣйствіе, всякое неисполненіе нормы, ея запрета или требованія со стороны дѣеспособнаго субъекта. Норма «не убей» воспрещаетъ какъ дѣятельность, направленную на лишеніе кого либо жизни, такъ и дѣятельность, изъ которой можетъ по небрежности дѣйствующаго произойти чья либо смерть; норма: «являйся въ судъ свидѣтелемъ по законному о томъ требованію», будетъ заключать въ себѣ требованіе не только не отказываться сознательно отъ исполненія этой обязанности, но и требованіе не пренебречь этою обязанностью по невнимательности. Въ каждой нормѣ заключается возможность какъ умышленнаго, такъ и неосторожнаго посягательства на ея

бытіе, хотя не всегда, какъ будетъ указано далѣе, оба вида виновности признаются наказуемыми.

Охрана интереса можетъ заключаться въ воспрещеніи учиненія того, что прямо вредитъ этому интересу, производитъ почитаемыя недозволенными измѣненія въ немъ, въ его отношеніи къ другимъ юридическимъ благамъ, въ его отношеніи къ лицу, обладателю таковаго интереса; таково содержаніе нормъ: «не убей», «не укради», а при нормахъ требовательныхъ, въ требованіи учиненія того, что должно, по своимъ послѣдствіямъ, содѣйствовать возникновенію, бытію или неизмѣняемости даннаго интереса, его отношенія къ другимъ благамъ или къ лицу, ими обладающему; таково, напр., содержаніе нормъ: «отбывай воинскую повинность», «являйся въ судъ свидѣтелемъ».

Далѣе, такая охрана можетъ относиться къ устраненію опасности вреда, грозящаго охраняемымъ интересамъ, и притомъ въ двоякой формѣ: или въ видѣ устраненія опасности, грозящей данному конкретному интересу, или въ видѣ устраненія опасности, грозящей извѣстной группѣ охраняемыхъ интересовъ, даже общественному или государственному порядку вообще. По отношенію къ нормамъ требовательнымъ данный видъ охраны можетъ выразиться въ требованіи учиненія какихъ либо дѣйствій, которыя содѣйствуютъ или должны содѣйствовать устраненію опасности, грозящей также или данному опредѣленному интересу, какова, напр., обязанность донесенія о готовящихся преступленіяхъ, или общественному и государственному порядку вообще, каково, напр., большинство полицейскихъ требованій.

Конечно, во всѣхъ этихъ видахъ посягательствъ на правоохраненный интересъ должны быть въ наличности оба вышеуказанные момента правонарушенія: посягательство на авторитетную волю, выраженную въ нормѣ, неповиновеніе ей и посягательство прямое или косвенное на правоохраненный интересъ жизни, но ихъ пропорціональное значеніе въ отдѣльныхъ группахъ, такъ сказать, измѣняется: въ дѣяніяхъ вредоносныхъ моментъ неподчиненія отходитъ на второй планъ, а въ группѣ опасныхъ дѣяній онъ выдвигается и тѣмъ сильнѣе, чѣмъ отдаленнѣе и непредвидѣннѣе опасность. Если же принять во вниманіе, что предположеніе объ опасности и возможности вреда, вызывающее приказъ или запретъ, зависитъ отъ усмотрѣнія правопроизводящаго источника, могущаго ошибаться, не понимать дѣйствительнаго значенія отдѣльныхъ дѣйствій, могущаго установлять извѣстные запреты и приказы подъ вліяніемъ случайныхъ и временныхъ условій; если имѣть въ виду, что такія велѣнія, наконецъ, могутъ быть продуктомъ личнаго усмотрѣнія, даже простого самодурства власти, воспрещающей не то, что вредно и опасно, а то, что полезно и необходимо для общественнаго развитія, то формальная сторона неподчиненія власти въ этой группѣ посягательствъ можетъ сдѣлаться не только преобладающею, но и исключительною. Однако, тѣмъ не менѣе, думается мнѣ, было бы не желательно возводить нарушенія формальнаго требованія послушанія изъ случайныхъ явленій законодательной жизни въ особую самостоятельную группу. Не надо забывать, что такія велѣнія сами по себѣ не имѣютъ права на существованіе, что жизнепригодность нормъ есть единственный масштабъ для ихъ разумной оцѣнки. Государство не можетъ требовать повиновенія только ради повиновенія, такъ сказать, для пріученія

гражданъ къ порядку; какъ справедливо говоритъ Бринцъ: «нарушеніе требованій закона есть зло, но законъ, изъ нарушенія требованій коего не вытекаетъ другого зла, кромѣ самаго нарушенія, самъ по себѣ есть зло»[1]).

Переступленіе юридической нормы въ ея жизненной конкретной обстановкѣ предполагаетъ наличность извѣстнаго внѣшняго проявленія, или заключающаго въ себѣ причиненное виновнымъ и дѣйствительно выполненное нарушеніе, или только попытку таковаго, и притомъ попытку болѣе или менѣе отдаленную отъ исполненія; всѣ эти оттѣнки внѣшней стороны преступнаго дѣянія, подробно изложенные далѣе, могутъ быть подведены подъ общее выраженіе «посягательство»[2]).

Вмѣстѣ съ тѣмъ, такъ какъ нарушеніе интереса, охраняемаго нормами, возможно и со стороны силъ природы, и со стороны лица, не обладающаго разумомъ, малолѣтняго и т. д., а между тѣмъ преступное нарушеніе нормъ предполагаетъ наличность вины, то, не касаясь пока болѣе точной характеристики этого внутренняго элемента, его можно бы было оттѣнить въ самомъ опредѣленіи преступленія словомъ «дѣяніе», въ противоположность дѣлу, факту.

Всѣ вышеприведенныя соображенія приводятъ насъ къ такому, казалось бы, болѣе точному опредѣленію преступнаго дѣянія: *преступнымъ почитается дѣяніе, посягающее на юридическую норму въ ея реальномъ бытіи;* или, выдвигая болѣе содержаніе посягательства: *дѣяніе, посягающее на охраненный нормою интересъ жизни.*

§ 2. Уголовно-наказуемое посягательство.

12. Совокупность правовыхъ нормъ образуетъ правовой укладъ или право даннаго народа въ данный моментъ его бытія, поэтому преступное дѣяніе въ обширномъ смыслѣ является правонарушеніемъ или неправомъ (Unrecht), а въ примѣненіи къ русскому и вообще славянскому юридическому міровоззрѣнію, отождествляющему понятіе права съ правдою, съ осуществленіемъ справедливости (правда русская), посягательство на право будетъ нарушеніемъ требованій правды, справедливости—неправдою. Но если всякое запрещенное закономъ преступное дѣяніе заключаетъ въ себѣ посягательство на правовую норму, то этимъ не разрѣшается другой капитальный вопросъ: всякое-ли посягательство на норму въ ея реальномъ бытіи вызываетъ примѣненіе государственнаго карательнаго права, т. е. запрещается закономъ уголовнымъ подъ страхомъ наказанія и облагается наказаніемъ въ порядкѣ

---

[1]) Нѣмецкіе криминалисты по условіямъ правоохраны различаютъ Verletzungsdelicte, Gefährdungsdelicte и Ungehorsamsdelicte, причемъ двѣ первыя группы соединяютъ въ одну—Angriffsdelicte. Ср. подробный анализъ этихъ группъ, а въ особенности, объема и условій — Ungehorsamsdelicte, у Binding, Normen, I, §§ 52—54. Н. Сергѣевскій. Пособія, стр. 52 и слѣд.; ср. Kessler, Einwilligung, стр. 64. Болѣе подробный разборъ вреда и опасности, какъ послѣдствій посягательства, изложенъ далѣе въ ученіи о внѣшней сторонѣ преступнаго дѣянія.

[2]) Спасовичъ, стр. 84, вводя также въ опредѣленіе преступленія слово «посягательство», замѣчаетъ: «мы выбрали слово посягательство, а не нарушеніе, потому что первое изъ этихъ понятій шире послѣдняго; оно содержитъ въ себѣ и совершенныя правонарушенія и покушенія на правонарушенія и даже приготовленіе къ правонарушеніямъ».

уголовнаго суда? Другими словами, тождественны-ли понятія неправды и наказуемаго посягательства на нормы права?

Въ доктринѣ права уголовнаго мы встрѣчаемъ цѣлую школу, и понынѣ считающую въ своихъ рядахъ талантливыхъ криминалистовъ, въ особенности въ Германіи, школу Гегеля, которая отвѣчаетъ на это утвердительно. Дѣйствительно, если наказаніе есть только логическій моментъ понятія о преступномъ, если неправо только и признается таковымъ потому, что оно въ себѣ заключаетъ признакъ самоотрицанія, наказуемости, то представить себѣ неправду ненаказуемою значитъ предположить логическій абсурдъ.

По неумолимыя требованія жизни понудили даже наиболѣе ревностныхъ сторонниковъ гегелевскихъ принциповъ въ уголовномъ правѣ отказаться отъ вполнѣ послѣдовательнаго проведенія этого положенія. Прежде всего, обзоръ законодательствъ не только прошлыхъ, но и современныхъ, указываетъ намъ цѣлый рядъ правоположеній, рядъ приказаній и запретовъ, не имѣющихъ соотвѣтствующей карательной санкціи, и притомъ правоположеній, не только имѣющихъ характеръ общихъ, скорѣе нравственныхъ чѣмъ юридическихъ правилъ, коими изобиловалъ нашъ уставъ о предупрежденіи и пресѣченіи преступленій или уставъ о благоустройствѣ въ казенныхъ селеніяхъ, въ родѣ, напр., положенія, что «всѣмъ и каждому запрещается пьянство» (Уст. пред., ст. 153), или что «всѣмъ и каждому вмѣняется въ обязанность жить въ незазорной любви, въ мирѣ и согласіи, другъ другу по достоинству воздавать почтеніе, послушными быть кому надлежитъ по установленному порядку и стараться предупреждать недоразумѣнія, ссоры, споры и пренія, кои могутъ довести до огорченія и обидъ» (тамъ же ст. 225), но и указывающихъ иногда на вполнѣ опредѣленныя права и обязанности: каждый сколько нибудь обширный учредительный законъ, положеніе объ управленіи тою или другою частью государства, законы торговые, процессуальные и т. п., даютъ рядъ примѣровъ этого рода [1]). Это положеніе признала мало-по-малу и наша практика. Такъ, уголовный кассаціонный департаментъ Правительствующаго Сената, въ рѣшеніи 1894 г., № 13, по дѣлу Штейнберга, высказалъ: «не всякое предписаніе или запрещеніе закона имѣетъ уголовную санкцію или должно быть приводимо въ исполненіе правительственною властью подъ страхомъ уголовной отвѣтственности за непослушаніе. Законъ нерѣдко обязываетъ частныхъ лицъ что-либо дѣлать, или отъ чего-либо воздерживаться, или установляетъ извѣстныя правила для той или другой дѣятельности частныхъ лицъ, не опредѣляя за неисполненіе таковыхъ предписаній отвѣтственности въ порядкѣ уголовнаго суда, а признавая лишь юридическую ничтожность дѣйствій, учиненныхъ въ нарушеніе сихъ постановленій, или подвергая нарушителей извѣстнымъ стѣсненіямъ, налагаемымъ въ порядкѣ суда гражданскаго, или примѣняемымъ властью отдѣльныхъ лицъ или учрежденій, закономъ на то

---

[1]) Binding, Normen, I, § 10, Die Norm echter Rechtsatz auch als lex imperfecta, относительно такихъ велѣній, неимѣющихъ санкціи, замѣчаетъ: «чѣмъ болѣе заинтересованы въ исполненіи такого закона тѣ, къ коимъ онъ относится, чѣмъ кругъ этихъ лицъ уже, чѣмъ болѣе довѣрія къ ихъ добросовѣстности, тѣмъ число такихъ положеній, не имѣющихъ карательной санкціи, значительнѣе; ср. также у H. Joly, Le crime, 1888 г., вѣрныя замѣчанія въ главѣ о границахъ преступленія (Les frontières du crime).

уполномоченныхъ, или же предоставляя соблюденіе таковыхъ правилъ исключительно усмотрѣнію самихъ лицъ, къ коимъ эти предписанія относятся» [1]).

Далѣе, доказательства бытія преступной, но не наказуемой неправды мы найдемъ даже въ тѣхъ нормахъ, нарушеніе коихъ воспрещено закономъ подъ страхомъ наказанія. Такими доказательствами, напр., могутъ служить условія, при наличности которыхъ наказаніе не примѣняется къ виновному, какъ давность, прощеніе пострадавшаго, помилованіе: убійство, бывшее преступнымъ посягательствомъ на норму 27 января, не перестаетъ быть таковымъ 28 января, а только, по разнообразнымъ юридическимъ и политическимъ основаніямъ, въ виду того, что 28 Января уже минуло 10 лѣтъ съ момента учиненія убійства и преступникъ все еще не былъ обнаруженъ, перестаетъ быть дѣяніемъ наказуемымъ. Кража, учиненная воспитанникомъ какого нибудь средняго учебнаго заведенія у товарища, въ школѣ, конечно, не перестаетъ быть, какъ и всякая иная кража, преступнымъ посягательствомъ на норму «не укради», но она можетъ и не быть наказуемою въ уголовномъ порядкѣ, подлежа вѣдѣнію дисциплинарной власти училища. Такія же доказательства бытія преступной, но не наказуемой неправды, мы можемъ отыскать въ институтѣ уголовно-частныхъ преступныхъ дѣяній; въ принятомъ почти во всѣхъ новыхъ кодексахъ, а равно и въ нашемъ дѣйствующемъ уголовномъ уложеніи, формальномъ ограниченіи области наказуемаго покушенія; въ ограниченности случаевъ отвѣтственности за дѣянія, учиненныя по неосторожности; въ институтѣ такъ называемыхъ преступленій по привычкѣ или по ремеслу, становящихся уголовно-наказуемыми только при извѣстномъ наростаніи преступности, и т. д.

13. Конечно, установленіе бытія въ современномъ правѣ преступной, но не наказуемой неправды, еще не равносильно признанію ея необходимости и раціональности; ея существованіе можетъ быть объясняемо простымъ несовершенствомъ и неполнотою уголовныхъ законодательствъ. Однако, всматриваясь ближе въ приведенные выше и подобные имъ примѣры ненаказуемыхъ правонарушеній, нетрудно усмотрѣть, что бытіе ихъ вытекаетъ изъ самой природы юридическихъ нормъ, изъ существа интересовъ, охраняемыхъ этими нормами, и въ особенности изъ условій охраны.

Оставляя въ сторонѣ тѣ юридическія положенія, которыя только упорядочиваютъ доказательства отношеній, ихъ незыблемость, или опредѣляютъ

---

[1]) Въ этомъ рѣшеніи приведенъ и рядъ примѣровъ такихъ, не имѣющихъ карательной санкціи постановленій, взятыхъ изъ нашихъ судопроизводственныхъ уставовъ; частный случай, подавшій поводъ этому разъясненію, заключался въ отказѣ исполнить требованіе, предъявленное на основаніи 212 и 215 ст. правилъ о производ. гражд. дѣлъ въ волостн. суд. Прибалтійскихъ губерній по зак. 8 іюля 1889 г., о дачѣ подписки при охранѣ крестьянскаго наслѣдства о томъ, что ничего изъ имущества не скрыто. Тѣ-же общія начала примѣнены въ рѣшеніяхъ 1894 г., № 25, Маттина, по вопросу объ отказѣ свидѣтеля дать присягу; 1893 г., № 36, Чичерина, по дѣлу о нарушеніи привилегіи дирекціи театровъ по печатанію афишъ въ Петербургѣ и Москвѣ; 1893 г., № 6-й, Шмидта, о нарушеніи 112 ст. положенія о лифляндск. крест. 1860 г.; 1890 г., № 10, Вайскаго, о нарушеніи 2 п. ст. 12 правилъ о государ. поземельномъ налогѣ; 1888 г., № 28, Зайденера, о нарушеніи правилъ объ арендованіи евреями недвижимыхъ имуществъ внѣ городовъ и мѣстечекъ и т. п.

мѣру возможнаго, не касаясь должнаго [1]), и останавливаясь только на нормахъ въ тѣсномъ смыслѣ, на правоохраняющихъ заповѣдяхъ, мы должны помнить, что онѣ являются не абстрактными логическими принципами, а практическими жизненными правилами, что свое оправданіе и силу онѣ получаютъ только въ тѣхъ жизненныхъ цѣляхъ, коимъ онѣ служатъ, а потому, какъ все земное, условны и ограничены: проводимыя въ жизнь съ безпощадною послѣдовательностью по образцу математическихъ истинъ, онѣ, вмѣсто орудія прогресса человѣческихъ обществъ, могутъ обратиться въ Молоха человѣчества, привести къ знаменитому изреченію fiat justitia, pereat mundus, забывающему, что подобнымъ торжествомъ права подрывается самое его основаніе, такъ какъ omnia jura hominis causa constituta sunt.

Далѣе, интересы, охраняемые нормами, не стоятъ въ жизни изолированными; они такъ соприкасаются и иногда переплетаются другъ съ другомъ, что, подобно тому, какъ посягательство на одинъ интересъ неминуемо заключаетъ въ себѣ посягательство на другіе охраненные интересы, такъ и охрана этихъ интересовъ отъ посягательствъ неминуемо затрогиваетъ соприкасающіеся съ нимъ иные, иногда столь же важные, интересы другихъ лицъ: охраняя интересы производителей, можетъ ли государство забывать интересы потребителей, и наоборотъ?

Наконецъ, охрана интереса отъ преступныхъ посягательствъ, все равно, является ли она въ формѣ предупрежденія или въ формѣ устраненія, прекращенія, кары, по необходимости заключаетъ въ себѣ или ограниченіе, или даже уничтоженіе интересовъ посягнувшаго на норму; осуществляется эта охрана людьми, орудіями далеко не совершенными, съ возможностью ошибокъ, увлеченій, злоупотребленій. Авторитетная воля, требующая не только подчиненія установляемымъ ею нормамъ, но и налагающая уголовныя кары за посягательства на таковыя, не должна забывать, что всѣ кары, начиная отъ лишенія жизни и кончая маловажными денежными пенями, содержатъ ограниченія интересовъ людей, также состоящихъ подъ охраною права, что одинъ день, проведенный въ тюрьмѣ, какіе нибудь пять, десять рублей штрафа могутъ оставить иногда весьма значительныя, неизгладимыя послѣдствія въ жизни наказаннаго. Мало того, какъ бы ни старалось государство сдѣлать всѣ кары исключительно личными, они весьма часто неизбѣжно отражаются на интересахъ лицъ, близкихъ къ наказываемому, на его семьѣ: три недѣли ареста, отбываемаго единственнымъ работникомъ въ семьѣ, въ страдную пору, штрафъ, на уплату коего пошелъ весь домашній скарбъ, не только морально подѣйствуютъ на эту семью, но, можетъ быть, разорятъ ее и матеріально; поэтому законодатель, установляя кары за неповиновеніе нормамъ, не можетъ не имѣть въ виду этого взаимодѣйствія интересовъ.

Въ то же время законодатель не долженъ забывать, что для примѣненія наказанія необходимо разслѣдовать, установить и опредѣлить виновность пося-

---

[1]) Самый споръ, сдѣлавшійся столь оживленнымъ въ современной нѣмецкой доктринѣ, о томъ,—всѣ ли правоположенія являются по необходимости и нормами, или же въ правѣ необходимо различать положенія повелѣвающія—нормы и положенія, упорядочивающія и управомочивающія, которыя Brinz въ пандектахъ называетъ Gewährungen, лежитъ внѣ области моего курса. Ср. Binding, Handbuch, § 30, пр. 8. Normen I, 2 изд., § 15.

гавшаго, а вся эта дѣятельность прежде всего требуетъ болѣе или менѣе значительной затраты силъ государственныхъ, и значеніе таковой затраты должно быть также принято въ разсчетъ законодателемъ при установленіи области наказуемаго. Такое же значеніе, далѣе, должны имѣть разнообразныя условія успѣшнаго хода процесса: чѣмъ болѣе основаній ожидать безплодности процессуальныхъ дѣйствій, напр., въ виду истеченія давностныхъ сроковъ, чѣмъ болѣе представляется возможности привлеченія къ дѣлу въ качествѣ обвиняемыхъ людей невинныхъ, чѣмъ болѣе является возможною судебная ошибка, тѣмъ болѣе основаній отказаться отъ примѣненія наказанія въ порядкѣ суда уголовнаго и т. д.

Однимъ словомъ, стоя на почвѣ цѣлесообразности права и правовыхъ институтовъ, включая сюда и осуществленіе государствомъ его права наказывать, нельзя примириться съ тѣмъ положеніемъ, что всякое посягательство на охраненный правовою нормою интересъ жизни должно быть признаваемо наказуемымъ въ порядкѣ суда уголовнаго, а наоборотъ, надо признать, что карательное право государства, какъ видъ охраны правоваго порядка, заключаясь, какъ бы въ потенціи, во всякомъ посягательствѣ на юридическую заповѣдь, воспріемлетъ бытіе только тогда, когда власть признаетъ это государственно-цѣлесообразнымъ, а потому и реально-необходимымъ.

При этомъ, если сопоставить всѣ эти разнообразные виды нарушеній нормъ, не влекущіе за собою уголовной кары, съ преступными дѣяніями, облагаемыми уголовными наказаніями, то едва ли не придется сказать, что область посягательствъ на правоохраненные интересы, не влекущихъ за собою уголовныхъ наказаній, и область уголовно-наказуемыхъ дѣяній почти равны по своему объему; что государство охраняетъ интересы угрозою наказанія за посягательство на нихъ только въ наиболѣе важныхъ случаяхъ.

Эта граница между неправдою уголовно-наказуемою и неправдою не наказуемою, безразличною, не представляетъ, такъ же, какъ и самый объемъ юридическихъ нормъ, чего либо неизмѣннаго, постояннаго; она видоизмѣняется соотвѣтственно съ общимъ измѣненіемъ общественной культуры, а иногда даже въ связи съ временными, преходящими условіями государственной жизни [1]).

Поэтому въ опредѣленіе уголовно-наказуемаго дѣянія и входятъ всегда два момента: область его учиненія, т. е. пространство дѣйствія воспрещающаго его закона, и время учиненія, т. е. воспрещенность его подъ страхомъ наказанія закономъ, имѣющимъ силу въ моментъ учиненія дѣянія.

Для исполнителя закона эта граница всегда опредѣляется данными дѣйствующаго права, а для законодателя, главнымъ образомъ, и прежде всего, историческимъ наслѣдьемъ, тѣми границами, которыя установились для карательной дѣятельности государства предшествующею юридическою жизнью. Но, конечно, рядомъ съ историческими указаніями могутъ быть поставлены принципы, выведенные, какъ указано выше, изъ самаго существа юридической охраны интересовъ. Такъ, въ отношеніи дѣяній вредоносныхъ, такое значеніе можетъ имѣть объемъ причиняемаго вреда по началу, установлен-

---

[1]) Вѣрныя замѣчанія объ условіяхъ наказуемости неправды у Meyer, § 4.

ному еще въ правѣ римскомъ, minima non curat praetor, нынѣ съ особенною ясностью проводимому въ правѣ англійскомъ [1]); эта маловредность преступнаго посягательства можетъ вліять или на полную его безнаказанность, или, въ особенности, на поставленіе уголовнаго преслѣдованія въ зависимость отъ воли и усмотрѣнія пострадавшаго. Въ посягательствахъ, грозящихъ опасностью охраненному интересу, такую роль играетъ соотношеніе между значеніемъ предупреждаемой опасности и тѣми невыгодами для жизни и дѣятельности другихъ лицъ или для цѣлаго общества, которыя вытекаютъ изъ карательнаго запрета: запрещая свободное обращеніе ядовитыхъ веществъ въ видахъ предупрежденія отравленія, и установляя объемъ наказуемыхъ случаевъ нарушенія таковаго запрещенія, законодатель не можетъ не принять въ соображеніе значенія подобнаго запрещенія для успѣшнаго развитія тѣхъ промысловъ или фабричныхъ производствъ, для которыхъ употребленіе ядовитыхъ веществъ безусловно необходимо. Въ особенности эта оцѣнка получаетъ значеніе въ тѣхъ случаяхъ, когда предупреждается не конкретная, опредѣленная опасность, а опасность для правоваго порядка вообще, для свободнаго и безпрепятственнаго осуществленія своихъ обязанностей органами власти и т. д.

Сводя же все вышеизложенное, мы и приходимъ къ тому выводу, что *уголовно-наказуемымъ почитается дѣяніе, посягающее на юридическую норму въ ея реальномъ бытіи и воспрещенное закономъ мѣста его учиненія подъ страхомъ наказанія*, или, выдвигая болѣе содержаніе посягательства: *дѣяніе, посягающее на такой охраненный нормою интересъ жизни, который въ данной странѣ, въ данное время, признается столь существеннымъ, что государство, въ виду недостаточности другихъ мѣръ охраны, угрожаетъ посягающему на него наказаніемъ* [2])

У насъ подобное опредѣленіе находилось въ 1-й статьѣ XV т. свода законовъ, которая гласила: «Всякое дѣяніе, запрещенное закономъ подъ страхомъ наказанія, есть преступленіе»; но составители уложенія 1845 г. не сочли необходимымъ сохранить это опредѣленіе въ кодексѣ, введя вмѣсто него теоретическое различіе преступленій и проступковъ. Дѣйствующее уголовное уложеніе снова вводитъ это опредѣленіе, указывая въ первой статьѣ, что «преступнымъ признается дѣяніе, воспрещенное, во время его учиненія, закономъ подъ страхомъ наказанія». Эта статья, являющаяся выраженіемъ одного изъ коренныхъ основаній права уголовнаго, nullum crimen sine lege, повторяется во всѣхъ важнѣйшихъ европейскихъ кодексахъ: code pénal—ст. 4; бельгійское уложеніе—ст. 2; германское—ст. 2; голландское—ст. 1; а въ особенности полно выражено это положеніе въ итальянскомъ уложеніи ст. 1 и 2 и въ ст. 1 венгерскаго кодекса 1879 г., которая постановляетъ: «Преступленіями и проступками почитаются только дѣянія, признанныя тако-

---

[1]) Такъ, въ проектъ англійскаго уложенія, выработанный въ 1878 г. Стивеномъ, была внесена статья: «не считается преступленіемъ такое дѣяніе, относительно коего судъ признаетъ, что оно слишкомъ маловажно, чтобы считаться преступленіемъ».

[2]) Какъ замѣчаетъ пр. Спасовичъ (§ 30): Тѣ дѣянія уголовно-преступны, кои по разумному, согласному съ природою вещей сознанію общества, несовмѣстны съ общежитіемъ и не могутъ быть охранены иными, менѣе насильственными средствами: народнымъ воспитаніемъ, образованіемъ, гражданскими взысканіями, чисто нравственною санкціею совѣсти и общественнаго мнѣнія.

выми закономъ; никто не можетъ быть приговоренъ за преступленіе или проступокъ къ иному наказанію, кромѣ назначеннаго за нихъ въ законѣ до ихъ совершенія».....

14. Но если такимъ образомъ только то посягательство на юридическую норму можетъ быть признано по дѣйствующему нашему уложенію преступнымъ дѣяніемъ въ тѣсномъ смыслѣ, которое во время его учиненія было запрещено закономъ подъ страхомъ наказанія, то, съ другой стороны, нельзя не имѣть въ виду, что уставъ уголовнаго судопроизводства указываетъ, что *никто не можетъ быть наказанъ за преступное дѣяніе*, подлежащее вѣдѣнію судебныхъ мѣстъ, иначе, какъ по приговору подлежащаго суда, вошедшему въ законную силу (ст. 8), а статья 1 того же устава добавляетъ: что никто не можетъ подлежать судебному преслѣдованію за преступное дѣяніе, не бывъ привлеченъ къ отвѣтственности въ порядкѣ, опредѣленномъ правилами сего устава.

Сопоставленіе этихъ положеній возбуждаетъ два вопроса: 1) не слѣдуетъ ли признакомъ преступнаго дѣянія въ тѣсномъ смыслѣ поставить не только запрещенность его подъ «страхомъ наказанія» закономъ уголовнымъ, но и примѣнимость къ нему этихъ послѣдствій только судами уголовными и при томъ въ порядкѣ, установленномъ уставомъ уголовнаго судопроизводства, а въ силу того исключить изъ области преступныхъ дѣяній всѣ тѣ нарушенія законовъ уголовныхъ, отвѣтственность за которыя опредѣляется не въ порядкѣ судебномъ?, и 2) не слѣдуетъ ли признать, что невключеніе какого либо посягательства на норму въ группу преступныхъ дѣяній въ тѣсномъ смыслѣ тождественно съ признаніемъ этой нормы лишенною всякой правовой охраны[1])?

Отвѣтъ на первый вопросъ долженъ быть отрицательный, по крайней мѣрѣ по отношенію къ нашему праву: наказуемость только по суду не можетъ быть разсматриваема какъ характеристическій признакъ уголовно-наказуемой неправды. Дѣяніе, признаваемое карательнымъ закономъ преступнымъ, можетъ быть обложено установленными наказаніями и не по судебному приговору, и не въ порядкѣ устава уголовнаго судопроизводства. Конечно, было бы въ высшей степени желательно, чтобы государство, признавая извѣстную организацію судящихъ учрежденій и извѣстный порядокъ разбирательства дѣлъ уголовныхъ наиболѣе соотвѣтствующимъ въ данное время требованіямъ правды и справедливости, примѣняло бы ихъ къ разбору всѣхъ дѣяній, признаваемыхъ имъ заслуживающими наказанія, тѣмъ болѣе, что однимъ изъ указанныхъ выше условій, объясняющихъ выдѣленіе уголовной неправды изъ неправды вообще, является неизбѣжная процессуальная трудность разбора дѣлъ уголовныхъ, но, однако, такое объединеніе является пожеланіемъ, а не дѣйствительностью[2]).

Приведенная выше ст. 8 у. у. с. говоритъ о необходимости для примѣненія наказанія судебнаго приговора, но только для тѣхъ преступныхъ дѣяній,

---

[1]) Bar, Handbuch, § 108.

[2]) Нѣмецкая теорія, но не вполнѣ вѣрно и по отношенію къ нѣмецкому процессу, ставитъ признакомъ наказанія, а слѣдовательно и преступнаго дѣянія, назначеніе отвѣтственности по приговору уголовнаго суда. Ср. Н. Мейеръ, Листъ.

которыя *подлежатъ вѣдѣнію судебныхъ мѣстъ*, свидѣтельствуя тѣмъ самымъ о существованіи преступныхъ дѣяній и не подлежащихъ ихъ вѣдѣнію; равнымъ образомъ, и статья 1 не говоритъ о томъ, что никто не можетъ подлежать уголовной отвѣтственности за преступное дѣяніе иначе, какъ въ порядкѣ, правилами сего устава опредѣленномъ, а требуетъ соблюденія этого порядка только для *судебнаго* преслѣдованія такихъ дѣяній.

Да уставы и не могутъ говорить иначе въ виду существующихъ по нашему праву различій въ порядкѣ разбирательства уголовныхъ дѣлъ. Въ этомъ отношеніи нельзя забывать:

во-1-хъ, образованную закономъ 12 Іюля 1889 г. юрисдикцію земскихъ начальниковъ, уѣздныхъ съѣздовъ и губернскихъ присутствій, изъявшую, и къ сожалѣнію, вѣроятно, на долгое время, въ значительной части имперіи изъ вѣдѣнія судовъ, разсматривающихъ дѣла въ порядкѣ устава уголовнаго судопроизводства, рядъ преступныхъ дѣяній, въ тѣсномъ смыслѣ;

во-2-хъ, юрисдикцію волостныхъ судовъ, примѣняющихъ въ мѣстностяхъ, гдѣ введены земскіе начальники, уголовные законы, но не въ порядкѣ, о которомъ говоритъ 1 ст. у. у. с. (ст. 17 и сл. полож. 12 Іюля 1889 г.);

въ-3-хъ, юрисдикцію казенныхъ управленій, въ особенности по нарушеніямъ уставовъ акцизныхъ, а равно и нѣкоторыхъ административныхъ учрежденій, опредѣляющихъ не въ порядкѣ устава судопроизводства уголовную отвѣтственность за несомнѣнно общія нарушенія уголовнаго закона, переходящія нерѣдко въ вѣдѣніе судебныхъ мѣстъ вслѣдствіе какихъ нибудь второстепенныхъ (учиненіе въ третій разъ), иногда даже случайныхъ (несогласіе виновнаго на уплату наложеннаго взысканія) условій. Въ этихъ случаяхъ административныя учрежденія осуществляютъ судебныя функціи и ихъ опредѣленія имѣютъ силу приговоровъ[1]).

---

[1]) Такъ по уставамъ акцизнымъ (т. V изд. 1893) ст. 1131 и сл. дѣла о нарушеніяхъ, влекущихъ одни лишь денежныя взысканія, съ конфискаціею питей и другихъ предметовъ или безъ оной, за исключеніемъ дѣлъ о безпатентной продажѣ крѣпкихъ напитковъ, направляются къ управляющему акцизными сборами, который обязанъ не позднѣе 7 дней сдѣлать постановленіе о взысканіи съ обвиняемаго, которое и объявляется виновному. Виновный въ теченіе двухъ недѣль можетъ заявить о своемъ согласіи или несогласіи на подчиненіе этому опредѣленію. При согласіи дѣло оканчивается уплатою взысканія, при несогласіи передается судебному вѣдомству; равнымъ образомъ, дѣло можетъ быть передано въ судъ, если согласившійся уплатить наложенное взысканіе не исполнитъ обѣщаннаго. Тѣ же правила, согласно 12 ст. зак. 9 Янв. 1895 г. (прим. къ ст. 937 прил. 2 т. V по прод. 1895 г.), распространяются и на случаи нарушенія положенія о казенной продажѣ питей. Эти постановленія повторены и въ ст. 1125$\frac{2}{}$ у. у. с. Равнымъ образомъ, и по уставу таможенному (изд. 1892 г.) дѣла о тайномъ провозѣ товаровъ, когда обвиняемый въ семъ преступленіи, по существу падающаго на него обвиненія, можетъ подлежать только одному взысканію денежному съ конфискаціей товаровъ или безъ оной, и притомъ если онъ самъ или тотъ, кого онъ укажетъ за хозяина или провозителя, признается въ своемъ преступленіи, подлежатъ вѣдѣнію таможенныхъ учрежденій (ст. 1570). Постановленія таможенныхъ учрежденій, по дѣламъ, подлежащимъ ихъ разсмотрѣнію, могутъ быть обжалуемы или начальнику таможеннаго округа (при оцѣнкѣ конфискованныхъ товаровъ менѣе чѣмъ на сто рублей) или же департаменту таможенныхъ сборовъ (ст. 1642), причемъ по дѣламъ, въ коихъ оцѣнка превышаетъ триста рублей, на постановленія департамента могутъ быть приносимы жалобы Министру Финансовъ, которыя разсматриваются въ его совѣтѣ (1645, 1647), а по дѣламъ, по которымъ оцѣнка конфискованныхъ товаровъ превышаетъ шестьсотъ рублей, на опредѣленія совѣта можетъ быть жалоба въ Правит. Сенатъ. Наконецъ по ст. 1125$\frac{4}{}$ у. у. с. (по зак. 7 Апр. 1897 г.) и ст. II п.1—11

Разборъ всѣхъ этихъ изъятій, отношенія этой юрисдикціи къ нормальному порядку разбора уголовныхъ дѣлъ судебными установленіями, самая оцѣнка необходимости такихъ изъятій входятъ, конечно, въ область уголовнаго процесса, но несомнѣнно, что существованіе этихъ особенныхъ порядковъ лишаетъ возможности признавать преступными лишь дѣянія, облагаемыя наказаніями по приговорамъ судебныхъ мѣстъ и въ порядкѣ устава уголовнаго судопроизводства.

15. Второй вопросъ о безохранности тѣхъ юридическихъ нормъ, посягательство на которыя не отнесено къ разряду уголовно-наказуемыхъ, представляется еще болѣе важнымъ, но, по моему мнѣнію, и онъ, даже при самомъ бѣгломъ обзорѣ окружающей насъ дѣйствительности, долженъ быть также разрѣшенъ отрицательно.

Конечно, какъ указывалъ неоднократно правительствующій сенатъ, во всякомъ правопорядкѣ можно встрѣтить, хотя и въ видѣ исключеній, такія велѣнія авторитетной воли, обязательность подчиненія коимъ имѣетъ свою санкцію только въ самомъ подчиняющемся, которыя, несмотря на ихъ источникъ и характеръ, уподобляются правиламъ морали и охраняются нравами, а не внѣшнимъ принужденіемъ.

Но затѣмъ мы встрѣчаемъ цѣлый рядъ посягательствъ на нормы права въ ихъ реальномъ бытіи, хотя и не включенныхъ въ группу преступныхъ дѣяній, но которыя, однако, влекутъ за собою извѣстныя, болѣе или менѣе тяжкія послѣдствія, нерѣдко сходныя съ наказаніями, послѣдствія, налагаемыя иногда въ особомъ дисциплинарномъ порядкѣ, преслѣдующемъ свои отдѣльныя отъ охраны правопорядка цѣли, бытіе коихъ объясняется или особымъ положеніемъ учинявшихъ, исключающимъ возможность примѣненія къ нимъ общихъ карательныхъ мѣръ (взысканія, налагаемыя семьею, школою, даже въ извѣстной степени тюрьмою), или особымъ характеромъ посягательствъ (нѣкоторые дисциплинарные проступки служащихъ, адвокатовъ, военныхъ) или особыми условіями ихъ совершенія (нѣкоторые случаи нарушенія порядка въ сословныхъ или общественныхъ собраніяхъ, при судебномъ разбирательствѣ и т. п.). Наконецъ, обширную группу такого рода нарушеній нормъ составляютъ тѣ, которыя влекутъ принудительныя послѣдствія, опредѣляемыя въ общемъ порядкѣ правоохраны, даже иногда тою же судебною властью, но не имѣющія характера наказаній, не преслѣдующія присущихъ послѣднимъ цѣлей, какъ, напр., возстановленіе нарушеннаго владѣнія, реституція вещей, уплата вознагражденія за вредъ и убытки, недѣйствительность договоровъ, платежъ неустойки и т. д.

Такимъ образомъ, среди посягательствъ на юридическія нормы, независимо отъ преступныхъ дѣяній въ смыслѣ статьи 1 уложенія, и посягательствъ,

---

зак. 7 Апр. 1897, подобное же начало принято и по отношенію къ нарушеніямъ въ казенныхъ лѣсахъ, которыя обращаются къ судебному разсмотрѣнію лишь въ случаѣ несогласія виновнаго уплатить денежное взысканіе, наложенное лѣснымъ начальствомъ, или при неуплатѣ штрафа, несмотря на выраженное согласіе, или же при учиненіи нарушенія въ третій разъ.

не влекущихъ никакихъ стѣснительныхъ послѣдствій, мы находимъ третью группу, такъ сказать, караемыхъ, но не наказуемыхъ посягательствъ[1]).

Эта послѣдняя группа имѣетъ, очевидно, существенное значеніе для изслѣдованія уголовно-наказуемыхъ дѣяній въ тѣсномъ смыслѣ, тѣмъ болѣе, что такія нарушенія нормъ нерѣдко являются не только сопредѣльными, но даже и совмѣстными съ наказуемыми нарушеніями, заключаются, какъ отдѣльные моменты, въ одномъ и томъ же дѣяніи, причемъ самыя послѣдствія того и другого порядка опредѣляются или раздѣльно отдѣльными властями или учрежденіями, или же одновременно однимъ и тѣмъ же установленіемъ. Если мы предположимъ, напримѣръ, что учащійся въ какомъ нибудь высшемъ учебномъ заведеніи юноша, подгулявшій въ загородномъ ресторанѣ, учинитъ тамъ публичный дебошъ, побьетъ зеркала, посуду и т. п., то единоличный судья приговоритъ его за нарушеніе общественной тишины къ аресту дня на три, въ то же время присудитъ въ пользу хозяина заведенія вознагражденіе за причиненный ущербъ, а копію съ приговора сообщитъ начальству заведенія, которое, въ свою очередь, обсудивъ поступокъ, можетъ подвергнуть виновнаго дисциплинарной отвѣтственности—карцеру, удаленію или исключенію изъ заведенія и т. п. Въ этомъ примѣрѣ одно и то же посягательство на юридическую норму повлекло за собою и уголовныя, и гражданскія, и дисциплинарныя послѣдствія, причемъ двѣ первыя группы примѣнены одновременно и притомъ однимъ и тѣмъ же установленіемъ, а третья не одновременно и отдѣльно. Но не трудно подыскать и примѣры неправды, такъ сказать, изолированной, влекущей послѣдствія только одного рода, сопредѣльной, но не совмѣстной. Возчикъ, перевозившій обывателя на дачу, съ обычною ловкостью опрокинулъ возъ, и обладатель сокрушеннаго въ дребезги коммода или безвременно погибшей лампы можетъ привлечь убытчика только къ гражданской отвѣтственности, въ порядкѣ суда гражданскаго; канцелярскій чиновникъ предался безпробудному пьянству, не заботясь о томъ, что врученные ему для переписки предписанія, рапорты и отношенія остаются безъ надлежащаго движенія, и начальство можетъ покарать его только въ порядкѣ дисциплинарномъ; раскольникъ возложилъ во храмѣ хулу на православную церковь или ея іерархію, и къ нему можетъ быть примѣнено только уголовное наказаніе.

Трудность установленія особенностей и разграниченія этихъ видовъ неправды, въ особенности въ совмѣстномъ ихъ проявленіи, еще болѣе усиливается условіями ихъ историческаго развитія, видоизмѣненіями ихъ характера, объема и взаимоотношеній въ исторіи, несомнѣнно отражающимися и на ихъ современной структурѣ. Какъ указываетъ даже недавнее прошлое, компетенція дисциплинарныхъ властей распространялась и на такія посягательства, которыя съ нашей современной точки зрѣнія должны бы были исключительно входить въ область карательной юстиціи, и наоборотъ, уголовные законы вмѣщали въ себѣ, подъ угрозою уголовной кары, постановленія, имѣющія отношеніе не къ охранѣ государственнаго правопорядка, а лишь къ охранѣ

---

[1]) На существованіе этой группы указываетъ, хотя съ недостаточною полнотою и точностью и примѣчаніе къ ст. 1 у. у. с.

дисциплины въ извѣстныхъ единеніяхъ лицъ въ государствѣ; многократно къ дисциплинарнымъ мѣрамъ относились такія чисто уголовныя взысканія, которыя не имѣли повидимому никакого отношенія къ тому спеціальному интересу, на который посягалъ виновный; послѣдствія гражданскихъ нарушеній, причиненія исключительно частнаго имущественнаго вреда—получали личнокарательный характеръ, какъ, напр., продажа въ рабство, изувѣченье, личное задержаніе за неплатежъ долга, и наоборотъ, въ группу уголовныхъ послѣдствій входили гражданскія мѣры, какъ, напр., недѣйствительность договоровъ, или мѣры дисциплинарныя, какъ удаленіе отъ должности или службы, вычетъ изъ времени службы, назначеніе къ исполненію служительскихъ обязанностей, церковное покаяніе и т. д.

Но тѣмъ не менѣе даже общій обзоръ, какъ условій возникновенія, такъ и взаимныхъ отношеній этихъ различныхъ группъ посягательствъ не даетъ основаній признать между ними и наказуемыми дѣяніями какое либо принципіальное различіе, а указываетъ лишь, что неправда, какъ посягательство на правовую норму, въ ея реальномъ бытіи, оставаясь единою, совмѣщаетъ въ себѣ нѣсколько сторонъ или моментовъ, наличность коихъ опредѣляетъ примѣненіе послѣдствій той или другой группы или совмѣстно, или въ раздѣльности. Это подтверждается и ближайшимъ разсмотрѣніемъ главныхъ видовъ посягательствъ, караемыхъ, но не наказуемыхъ—неправды дисциплинарной и неправды гражданской.

16. Сущность дисциплинарной охраны нормъ и ея отношеніе къ неправдѣ уголовно-наказуемой могутъ быть разсматриваемы съ разныхъ точекъ зрѣнія, смѣшеніе которыхъ вноситъ существенныя затрудненія въ разработку вопроса и можетъ дать ему невѣрную постановку [1]). Можно, говоря объ этихъ видахъ неправды, прежде всего имѣть въ виду противоположеніе субъектовъ или держателей дисциплинарной и карательной власти и различіе объема принадлежащей имъ правоохраны; можно, далѣе, придавать главное значеніе различію дисциплинарной и уголовной отвѣтственности, противополагая дисциплинарныя взысканія, условія и порядокъ ихъ примѣненія, осуществленію уголовно-карательнаго права, можно, наконецъ, остановиться на различеніи природы дисциплинарныхъ нарушеній въ противоположность преступнымъ дѣяніямъ въ тѣсномъ смыслѣ [2]).

---

[1]) Несмотря на теоретическій интересъ и практическую важность вопроса о дисциплинарной неправдѣ, мы не имѣемъ ни одной полной и обстоятельной монографіи по этому предмету ни въ иностранной, ни въ нашей литературѣ. Нѣкоторыя указанія можно найти въ новѣйшихъ курсахъ уголовнаго права, въ особенности въ Holtzndorfs, Handbuch, Einleitung, § 2; въ курсахъ уголовнаго судопроизводства, напр. у Н. Фойницкаго, 2 изд. § 5, и въ курсахъ государственнаго права, въ особенности, напр., у Коркунова, Русское государственное право, т. II, 1897 г., стр. 553 и сл. Ср. также фонъ Резонъ, О дисциплинарномъ правѣ, въ Ж. Гр. Уг. П. 1889 №№ 1 и 2. Спеціальныя монографіи объ отдѣльныхъ видахъ дисциплинарной власти будутъ приведены далѣе.

[2]) Въ моей статьѣ «Карательная дѣятельность государства и ея границы», помѣщенной въ Ж. Гр. и Уг. П. 1882 г., а равно и въ первомъ изданіи настоящихъ лекцій, я преимущественно разсматривалъ вопросъ объ отношеніяхъ властей карательной и дисциплинарной и о вытекающемъ

Всѣ стороны этого вида охраны, взаимно переплетаясь, придаютъ ея отдѣльнымъ типамъ существенное различіе по объему и значенію: стоитъ сопоставить объемъ дисциплинарной власти предсѣдательствующаго въ судебномъ засѣданіи съ одной и дисциплинарную власть церкви надъ клиромъ или дисциплинарную власть въ войскѣ, съ другой стороны.

Дисциплинарная власть, по ея субъекту, въ противоположность власти уголовно-наказующей, является расчлененною между различными учрежденіями и лицами, представителями разнообразныхъ единеній, существующихъ въ государствѣ, къ числу коихъ принадлежитъ и само государство съ его обширною дисциплинарною властью, осуществляемою его органами, надъ служащими, надъ военными, надъ лишенными свободы и т. д., поэтому попытка ставить признакомъ различія дисциплинарной и карательной охраны различіе субъектовъ таковой представляется несостоятельной [1]).

Между дисциплинарными властями, по условіямъ ихъ возникновенія, могутъ быть различаемы: возникшія независимо отъ воли и усмотрѣнія государства, нерѣдко даже до его сформированія, каковы, напр.—церковь, семья, и т. п., и такія, которыя вызываются къ жизни государственною волею, какъ, напр., дисциплинарная власть надъ служащими, военными и т. д. По отношенію къ первымъ, путемъ борьбы, государство только упорядочиваетъ и ограничиваетъ предѣлы власти, если только не находитъ возможнымъ и необходимымъ ея полное устраненіе; по отношенію ко вторымъ, оно организуетъ самую власть и ея предѣлы, соотвѣтственно со свойствами основаній, вызвавшихъ ея возникновеніе. Во всякомъ случаѣ кругъ дѣйствія послѣднихъ является, за малыми исключеніями, точно ограниченнымъ спеціальными уставами, и контроль за этою дѣятельностью сохраняется за государствомъ.

Дисциплинарная власть можетъ являться только органомъ дисциплинарной охраны, но, хотя и въ видѣ исключенія, на ту же власть могутъ быть возлагаемы по волѣ государства и функціи власти карательной въ тѣсномъ смыслѣ, по отношенію къ извѣстной группѣ лицъ за учиненныя ими опредѣленныя преступныя дѣянія; такова, напр., принадлежащая по нашему праву православной церкви карательная власть надъ ея клиромъ и т. п.

Дисциплинарная власть, осуществляя свою охрану, можетъ примѣнять или только нормы, установляемыя въ общемъ порядкѣ государственною властью, или же ей, независимо отъ сего, принадлежитъ автономное право установленія дисциплинарныхъ запретовъ и ихъ послѣдствій, вырабатываемыхъ или путемъ соглашенія членовъ единенія, или путемъ обычая и преданія, или даже особо призванными для того учрежденіями, хотя, конечно,

---

отсюда различія дисциплинарной и уголовной отвѣтственности—а потому и самое изложеніе вопроса было отнесено къ ученію о наказаніи.

[1]) Н. Коркуновъ, стр. 554, причисляетъ меня къ сторонникамъ различенія дисциплинарной и уголовной властей по субъектамъ или держателямъ власти; но въ статьѣ О предѣлахъ карательной власти, на которую онъ ссылается, я указывалъ только на безспорный фактъ существованія рядомъ съ карательною властью государства многообразныхъ дисциплинарныхъ властей. Основанія же различія, болѣе подробно развитыя въ настоящемъ изданіи, были намѣчены въ лекціяхъ, вып. 1 № 41 и вообще въ постановкѣ всего ученія объ уголовно-безразличной неправдѣ, причемъ воззрѣнія, защищаемыя мною, совершенно сходны и со взглядами Коркунова на единство неправдъ.

обязательно-принудительную силу такія положенія могутъ имѣть только въ случаѣ признанія ихъ, въ томъ или другомъ порядкѣ, государствомъ.

По отношенію къ охранѣ нормъ, дѣятельность одной группы властей замѣняетъ и исключаетъ вмѣшательство карательной власти государства, таково напр., осуществленіе власти школьнаго начальства въ низшихъ и отчасти среднихъ учебныхъ заведеніяхъ; дѣятельность другихъ властей дополняетъ уголовно-карающую дѣятельность, дѣйствуя только тамъ, гдѣ не можетъ вмѣшиваться власть суда; наконецъ, третья группа осуществляетъ свое право параллельно съ властью карательною, вслѣдствіе однихъ и тѣхъ же нарушеній, учиненныхъ данными лицами.

Подчиненіе мѣрамъ и распоряженіямъ этихъ властей со стороны лицъ, къ коимъ они примѣняются, или является принудительнымъ, или же зависитъ отъ ихъ воли и согласія, такъ что, выходя, напр., изъ этого единенія, они тѣмъ самымъ устраняютъ и примѣненіе къ нимъ предполагаемыхъ взысканій; только въ этомъ отношеніи дисциплинарная отвѣтственность сходится съ гражданскою, возникающею изъ договора, по началу добровольнаго подчиненія, съ такъ называемыми Conventionalstrafen [1]).

Но самая дисциплинарная отвѣтственность, такъ же, какъ и уголовная, имѣетъ не частный, а, за малыми исключеніями, публичный характеръ, и потому примѣняется не въ видахъ частнаго удовлетворенія, а въ интересахъ нарушенной дисциплины. Въ силу чего и нѣкоторыя мѣры дисциплинарныхъ взысканій являются сходными съ мѣрами карательными—денежная пеня, арестъ; но, независимо отъ сего, въ область этихъ взысканій входятъ и многія своеобразныя мѣры, обусловливаемыя особенностями даннаго единенія, облеченнаго дисциплинарною властью, какъ, напр., мѣры школьной или церковной дисциплины; при этомъ, въ противоположность мѣрамъ уголовной охраны, видное мѣсто среди дисциплинарныхъ взысканій занимаютъ такъ называемыя мѣры очистительныя, устраняющія непокорнаго изъ даннаго единенія—удаленіе отъ должности, исключеніе изъ службы, отлученіе отъ церкви и т. п. [2]).

Родъ или характеръ дисциплинарныхъ мѣръ или съ точностью опредѣляется самимъ государствомъ, въ утвержденныхъ имъ уставахъ, или выборъ этихъ мѣръ предоставляется усмотрѣнію самого органа дисциплинарной власти, такъ что государство заботится только объ установленіи предѣловъ дозволеннаго, объ устраненіи злоупотребленій властью. Такъ же различнымъ представляется и порядокъ установленія дисциплинарной виновности и отвѣтственности. Иногда они налагаются единоличною безформенно дѣйствующею властью, являются результатомъ личнаго усмотрѣнія, иногда же для ихъ осуществленія создаются особыя іерархически расчлененныя учрежденія, дѣй-

---

[1]) Поэтому не представляется правильнымъ сближеніе дисциплинарной отвѣтственности съ гражданскою, проводимое, напр., Лабандомъ, ср. Коркуновъ, стр. 561. Они существенно различаются и по характеру послѣдствій и по самому ихъ содержанію; нельзя же видѣть, какъ справедливо замѣчаетъ Коркуновъ, въ удаленіи отъ должности мѣру принужденія къ исполненію служебнаго долга и притомъ мѣру, замѣняющую искъ гражданскій.

[2]) H. Meyer, § 2, даже подводитъ дисциплинарныя взысканія подъ понятіе наказанія, въ широкомъ смыслѣ, но большинство криминалистовъ—Биндингъ, Листъ, Янка, Фингеръ и др., выдѣляютъ эти взысканія изъ области уголовныхъ наказаній.

ствующія по опредѣленнымъ правиламъ, нерѣдко сходнымъ съ порядкомъ судебнаго разсмотрѣнія дѣлъ уголовныхъ.

Но во всякомъ случаѣ, если устранить историческіе или случайные наросты, осложняющіе область дѣятельности дисциплинарныхъ властей, характеръ мѣръ, ими примѣняемыхъ, даже самый порядокъ ихъ наложенія опредѣляется особенною сущностью дисциплинарныхъ посягательствъ на юридическія нормы, природою дисциплинарной неправды. Она служитъ масштабомъ для критической оцѣнки объема правъ, предоставленныхъ отдѣльнымъ дисциплинарнымъ властямъ по дѣйствующимъ законамъ, служитъ основаніемъ для опредѣленія случаевъ и условій отвѣтственности этихъ властей за превышеніе предѣловъ предоставленныхъ имъ правъ, такъ какъ всякое дѣйствіе, всякая мѣра, выходящая за предѣлы этихъ цѣлей, ради достиженія коихъ существуетъ власть, можетъ повлечь уголовную отвѣтственность злоупотребившаго ею, какъ скоро, конечно, въ нихъ заключаются другія условія наказуемости; таково, напр., причиненіе тѣлесныхъ поврежденій при осуществленіи дисциплинарной власти и т. п.

Но въ чемъ же заключается сущность дисциплинарной неправды [1])? Въ ней, какъ и въ неправдѣ уголовной, можно различать моменты неподчиненія, ослушанія власти, и притомъ еще въ осложненной формѣ—неподчиненія непосредственнаго этой особой власти, управляющей извѣстнымъ единеніемъ и охраняющей его дѣятельность, и посредственнаго—велѣніямъ авторитетной воли государства, устрояющей или регулирующей власть дисциплинарную [2]), а съ другой стороны моментъ вредоносности или опасности для особой группы интересовъ, возникающихъ изъ свойствъ тѣхъ цѣлей, для достиженія коихъ образуются извѣстныя единенія лицъ въ государствѣ, или создается опредѣленный родъ ихъ дѣятельности; изъ условій совмѣстной, болѣе или менѣе длящейся дѣятельности извѣстнаго кружка лицъ, даже иногда изъ требованій успѣшнаго и цѣлесообразнаго выполненія чего либо при помощи или среди многихъ лицъ.

Особенные интересы, занятія, положенія, группирующіе отдѣльныхъ лицъ въ государствѣ, могутъ создавать, прежде всего, особыя для нихъ обязанности, правила поведенія; далѣе, совмѣстныя дѣйствія предполагаютъ нерѣдко соподчиненную дѣятельность, отношенія начальствующаго и подчиненнаго, создающія разнообразныя права и обязанности и ихъ возможныя нарушенія; наконецъ, являясь составною частью цѣлаго, пользуясь выгодами этого общенія, члены такой группы обязуются поддерживать взаимные интересы, охра-

---

1) Французская академія опредѣляетъ слово «discipline»—уставы, порядокъ, правила поведенія, общаго лицамъ, составляющимъ какое либо единеніе, корпорацію, сословіе. И. Фойницкій въ 1-мъ изданіи Судопроизводства, § 8, замѣчалъ, что карательная власть имѣетъ своимъ предметомъ преступность дѣятеля, дисциплинарную порочность его; но такое опредѣленіе смѣшиваетъ дисциплину съ моралью и не соотвѣтствуетъ дѣйствительному содержанію дисциплинарной охраны.

2) Въ принципѣ спеціальнаго властвованія, составляющаго существенную принадлежность всѣхъ дисциплинарныхъ отношеній, Labes и Jellineck видятъ основу дисциплинарной неправды, какъ непослушанія; при чемъ по Jellineck'у въ свойствахъ властвованія условнаго, разрушаемаго при дисциплинарныхъ отношеніяхъ (Gewalt), и безусловнаго—разрушаемаго при уголовно-наказуемыхъ нарушеніяхъ (Herrschaft), нужно искать основаній различія неправды. Ср. изложеніе и разборъ этихъ теорій у Коркунова (стр. 565).

нять существованіе, даже честь и репутацію цѣлаго. Въ силу сего является возможность отвѣтственности ихъ за такіе поступки, которые не имѣютъ никакого преступнаго значенія для другихъ гражданъ. «Человѣческая жизнь, говоритъ фонъ Резонъ (стр. 1), не исчерпывается отношеніями нашими къ государству, мы рождаемся членами извѣстной семьи, извѣстнаго сословія, мы входимъ въ сношенія съ частными лицами, мы становимся членами разныхъ союзовъ или учрежденій, мы поступаемъ на государственную службу и тѣмъ входимъ въ особыя отношенія къ государственной власти и т. д. Всѣ эти отношенія даютъ намъ спеціальныя права и налагаютъ на насъ обязанности»; нарушеніе этихъ обязанностей и составляетъ содержаніе неправды дисциплинарной.

Объемъ дисциплинарныхъ нарушеній, относящихся къ вѣдѣнію той или другой группы дисциплинарныхъ властей, представляется различнымъ и качественно и количественно, начиная отъ предоставленія вѣдѣнію этой власти лишь единичныхъ случаевъ, напр., охраны порядка въ собраніяхъ и засѣданіяхъ, и кончая правомъ наложенія дисциплинарныхъ взысканій за всѣ нарушенія профессіональныхъ обязанностей, или даже вообще за всѣ нарушенія требованій и дисциплинарнаго и общеправоваго строя.

Самые признаки нарушеній, подлежащихъ вѣдѣнію дисциплинарныхъ властей, или съ точностью опредѣляются въ общемъ порядкѣ законодательства, или законодатель указываетъ на нѣкоторые отдѣльные случаи дисциплинарныхъ нарушеній только въ видѣ примѣровъ, устанавливающихъ, такъ сказать, предѣлы этихъ нарушеній, предоставляя восполненіе таковыхъ усмотрѣнію ея представителей, или же и вовсе отказывается отъ всякой регламентаціи этой дисциплинарной дѣятельности, оставляя за собою только право наблюденія за недопущеніемъ этими органами злоупотребленія властью.

Но во всѣхъ этихъ случаяхъ для примѣненія дисциплинарной отвѣтственности, такъ же, какъ и для осуществленія карательной власти государства, необходима наличность опредѣленнаго дѣйствія или бездѣйствія, извѣстное внѣшнее выраженіе личности. Даже и тогда, когда законъ допускаетъ примѣненіе дисциплинарныхъ взысканій къ порочному или несовмѣстному съ извѣстнымъ положеніемъ или занятіемъ поведенію лица, онъ предполагаетъ установленіе извѣстнаго ряда порочныхъ актовъ, дающихъ право на примѣненіе кары: устраненіе, удаленіе отъ должности или исключеніе изъ извѣстной среды, вызываемое неспособностью или непригодностью лица, по его дряхлости, болѣзни, малоумію и т. п., не могутъ разсматриваться, какъ дисциплинарныя мѣропріятія, хотя бы даже примѣненіе этихъ мѣръ въ подобныхъ случаяхъ зависѣло отъ тѣхъ же органовъ.

Наличность при учиненіи посягательствъ на правовую норму, въ ея реальномъ бытіи, нарушенія такого спеціальнаго интереса, вызываетъ дисциплинарную охрану; если при этомъ преступная въ тѣсномъ смыслѣ сторона посягательства подпадетъ подъ общія условія, опредѣляющія примѣненіе каръ уголовныхъ, то мы имѣемъ дѣло съ одновременнымъ проявленіемъ обоихъ видовъ охраны, кѣмъ и какъ бы дисциплинарная охрана ни осуществлялась, если же съ точки зрѣнія уголовной кары посягательство должно быть отне-

сено къ сферѣ неправды уголовно-безразличной, то мы будемъ имѣть дѣло съ нарушеніемъ исключительно дисциплинарнаго характера.

Въ виду вышеизложеннаго, очевидно, что сколько нибудь подробное изложеніе дисциплинарной неправды и ея видовъ выходитъ за предѣлы настоящаго труда, и я ограничусь только общими указаніями относительно характера и предѣловъ дѣятельности ея важнѣйшихъ представителей.

17. Выдающимся представителемъ дисциплинарной власти является власть семьи и ея главы, въ особенности въ той ея формѣ, въ какую она вылилась въ древнемъ римскомъ правѣ [1]), гдѣ pater familias являлся столько-же органомъ карательной власти, сколько и дисциплинарнымъ учрежденіемъ. Его расправа—judicium domesticum—вполнѣ уподоблялась судебной дѣятельности. Подъ его державною рукою стояло все, на что простиралась его dominium ac potestas: въ римскую семью входили не только дѣти, но и жена, если бракъ былъ заключенъ по строгой римской формѣ, включались и рабы. Глава семьи былъ не только распорядителемъ, но и юридическимъ ея представителемъ: всякій вредъ и ущербъ, причиненный кому либо изъ ея членовъ, являлся вредомъ, ему нанесеннымъ; онъ искалъ съ обидчика въ свое имя, но за то онъ являлся и отвѣтчикомъ за домашнихъ, къ нему непосредственно предъявлялись всѣ иски и жалобы. При такой постановкѣ, понятно, что его власть по объему была безгранична: владыка семьи имѣлъ не только отдѣльныя личныя права надъ своею чадью, но они всею полностью принадлежали ему, со всѣмъ, что дѣлали или что имѣли: это были homines alieni juris. Распорядитель судебъ семьи могъ продавать своихъ дѣтей, заключать и разрывать ихъ браки; надъ всѣми его домочадцами тяготѣло его грозное jus vitae ac necis. Суровая власть смягчалась только возможностью отвѣтственности за злоупотребленіе ею предъ народными охранителями добрыхъ нравовъ, предъ цензорами [2]), да, по обычаю, въ важнѣйшихъ случаяхъ отецъ семейства долженъ былъ дѣйствовать не единолично, а совмѣстно съ другими родичами, или даже съ близкими друзьями дома [3]).

Подобный характеръ власти главы семьи не составлялъ исключительной особенности римской жизни. Если не въ такой строго опредѣленной юридической формѣ, то таковою же по своему объему являлась она и въ древнѣйшемъ правѣ другихъ народовъ, напр., у германцевъ и у славянъ [4]).

---

[1]) Подробное изложеніе объема дисциплинарной власти отца семейства въ Римѣ можно найти у Geib, Geschichte des römischen Criminalprocesses bis zum Tode Justinian's. 1842 г., стр. 82—96, 228—233, 452—461. Талантливый очеркъ существа и характера этой власти даетъ Ihering, Geist des römischen Rechts, II т., изд. 1866 г., стр. 148—204. Ср. также указанія о дисциплинарной власти мужа надъ женою по римскому и древне-германскому праву у Freudenstein, Das Erziehungsstrafrecht, 1882 г., стр. 4 и сл., Hubrich, Das Züchtigungsrecht, G. 1892 стр. 180 и сл. По Баварскому земскому праву 1756 г. (которое не отмѣнено и понынѣ, ср. рѣш. Мюнхенскаго Oberlandgericht'a, отъ 17 апр. 1875 г.), мужу принадлежало право тѣлеснаго наказанія жены.

[2]) О судѣ цензоровъ, вѣдавшихъ злоупотребленія какою либо законною властью, расточительность, неисполненіе религіозныхъ обычаевъ и т. д., и дѣйствовавшихъ исключительно по внутреннему убѣжденію, не стѣсняясь никакими формальностями, ср., кромѣ общихъ пособій по исторіи римскихъ учрежденій, K. Iarcke, Versuch einer Darstellung des censorischen Strafrechts der Römer, 1824 г.

[3]) Въ этой юридической формѣ просуществовала отцовская власть во весь блестящій періодъ республиканскаго Рима; только съ началомъ разложенія римской жизни, съ эпохою императорства, начинается не только фактическое, но и законное ограниченіе семейной власти, отчасти вслѣдствіе устраненія строгаго брака, отчасти въ силу прямыхъ постановленій, напр., законовъ Константина Великаго 318 года.

[4]) Болѣе подробныя свѣдѣнія по этому вопросу можно найти у Шпилевскаго, Семейныя власти у древнихъ славянъ и германцевъ, 1869 г.; см. также Д. Дубакинъ, Вліяніе христіанства на семейный бытъ русскаго общества до времени Домостроя, 1880 г.

Древне-германское право выработало два главные института охраненія общественнаго мира и нерушимости юридическихъ интересовъ: союзъ родственной защиты для охраны отъ нападенія извнѣ и власть домовладыки, для огражденія спокойствія внутри семьи; власть представителя ея интересовъ и карателя проступковъ. Нѣмецкіе историки различаютъ три вида такой власти или mundium'а: мужа надъ женою, родителей надъ дѣтьми, опекуна надъ малолѣтними сиротами. Но всѣ эти виды представляютъ одинъ типъ дисциплинарной власти, сохранившей, съ нѣкоторыми ограниченіями, существованіе даже и въ позднѣйшее время, въ эпоху замѣны родственной защиты государственною.

Народы славянскіе не выработали общаго названія для семейной власти, соотвѣтствующаго германскому mundium, но его главнѣйшіе виды мы можемъ прослѣдить и у насъ.

Такъ, несомнѣнно существовала въ нашемъ старомъ правѣ дисциплинарная власть мужа надъ женою, какъ о томъ свидѣтельствуютъ прямыя указанія лѣтописей и юридическихъ памятниковъ и въ особенности свадебные обряды, пѣсни и т. д. Эта власть обусловливалась уже самымъ первоначальнымъ способомъ заключенія брака—умыканіемъ или покупкою невѣсты, обычаемъ, встрѣчавшимся не только въ эпоху Нестора, но и гораздо позднѣе, и притомъ общимъ всѣмъ славянскимъ народамъ. Естественно, что при такомъ возникновеніи брака, жена становилась подъ власть покупщика, пріобрѣтателя [1]), ей приходилось, какъ говоритъ народная пѣсня: «держать голову поклонную, ретиво сердце покорное». Это подчиненіе отразилось далѣе въ цѣломъ рядѣ символическихъ свадебныхъ обрядовъ, какъ, напр., въ разуваніи женою молодаго, о которомъ говоритъ Несторъ и которое сохранилось и понынѣ во многихъ губерніяхъ; въ надѣваніи на жениха, по древнецерковному чиноположенію, при обрученіи перстня золотаго, а на невѣсту желѣзнаго, а въ другихъ мѣстахъ—серебрянаго и т. д. Власть эта была не простымъ первенствомъ, а имѣла весьма матеріальный характеръ, на что указываетъ, напр., также весьма распространенный свадебный обрядъ передачи плетки молодому отцомъ невѣсты [2]).

Да и много позднѣе, извѣстный Домострой попа Сильвестра, несомнѣнно отражающій въ своихъ правилахъ характеръ нашей семейной жизни XVI-го вѣка, говоритъ: «А только жены или сына или дщери слово или наказаніе не имѣтъ, не слушаетъ и не боится... ино плетью постегать, по винѣ смотря; а побить не передъ людьми, наединѣ; поучити да примолвити и пожаловати [3])... А про всякую вину по уху и по лицу не бити, ни кулакомъ подъ сердце, ни пинкомъ, ни посохомъ не колоти, никакимъ желѣзнымъ, ни деревомъ не бити... А только за великая вина и за ослушаніе и небреженіе ино снять и рубашку и плетью вѣжлевенько бити...» [4]).

Правда, что въ законодательныхъ памятникахъ того времени ничего не говорится объ объемѣ и условіяхъ осуществленія этого права, но изъ практики XVI и даже XVII столѣтія видно, что и за убійство жены мужемъ, въ случаяхъ прелюбодѣянія или иного какого-либо преступленія, виновные отдѣлывались незначительными взысканіями [5]). Да и самъ воинскій уставъ Петра Великаго въ толкованіи на артикулъ 163 заявлялъ: «что если-бы

---

[1]) Причемъ, конечно, мужъ являлся естественнымъ представителемъ и защитникомъ своей жены, какъ это типично выражаютъ народныя поговорки: «родители берегутъ дочь до вѣнца, а мужъ—до конца»; «за мужа завалюсь, всѣмъ насмѣюсь, никого не боюсь»; «муженекъ хоть всего съ кулачекъ, да за мужниной головой не сижу сиротой»; «хоть съ нимъ и горе, а безъ него вдвое».

[2]) Примѣры можно найти въ любомъ сборникѣ русскихъ народныхъ пѣсенъ и обрядовъ, а въ особенности, напр., у Терещенки, Бытъ русскаго народа; Сахарова, Сказанія русскаго народа; Снегирева, Русскія пословицы и притчи.

[3]) Это говоритъ и поговорка: «учи жену безъ дѣтей, а дѣтей безъ людей».

[4]) Домострой, изданіе Д. Кожанчикова, 1867 г., глава 38, стр. 100. Домострой видитъ въ этомъ даже обязанность мужа передъ Богомъ. Тотъ же взглядъ повторяютъ народныя пословицы, существующія у всѣхъ славянъ: «люби жену какъ душу, а тряси какъ грушу»; «жену не бить, милу не быть»; потому что, прибавляетъ другая поговорка: «не вѣрь вѣтру въ морѣ, а женѣ въ волѣ»; «жена безъ грозы—хуже козы»; «воля и добрую жену портитъ».

[5]) См. примѣръ у Шпилевскаго, в. с., стр. 66; мое изслѣдованіе о преступленіяхъ противъ жизни, 1870 г., т. I, № 146).

*

кто похотѣлъ жену наказать и оную такъ жестоко побьетъ, что подлинно отъ того умретъ, то правда, что наказаніе легче бываетъ».

Дѣйствующее право не знаетъ болѣе дисциплинарной власти мужа надъ женою [1]). Идея власти мужа, которая проводится въ X томѣ свода законовъ, при опредѣленіи правъ и обязанностей супружескихъ, имѣетъ только характеръ юридическаго первенства, предпочтенія, напр., въ случаяхъ столкновенія по вопросамъ о распоряженіи судьбою дѣтей, по опредѣленію мѣста жительства или по имущественнымъ сдѣлкамъ. Но въ народѣ, какъ можно видѣть по даннымъ, собраннымъ коммисіею о волостныхъ судахъ, и до нынѣ живетъ болѣе широкій взглядъ на дисциплинарныя права мужа, такъ что многіе волостные суды признавали битье мужемъ жены дѣяніемъ, не подлежащимъ суду, если оно только не было незаслуженно или чрезмѣрно [2]). Ближайшее будущее, конечно, устранитъ эти послѣдніе остатки юридическаго неравенства супруговъ, противорѣчащаго идеѣ брака, потому что бракъ, какъ его превосходно опредѣлили еще древніе Римляне, есть consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio, а дисциплинарная наказывающая власть предполагаетъ неравноправность лицъ, отношеніе властнаго къ подчиненному.

Иной объемъ представляетъ власть отца семейства по отношенію къ дѣтямъ. Въ древне-германскомъ правѣ она выражалась, прежде всего, въ правѣ умерщвленія новорожденныхъ дѣтей. Отъ воли отца зависѣло поднять принесеннаго ему малютку съ земли и тѣмъ даровать ему жизнь, или отвернуться отъ него и осудить на погибель [3]).

Памятники славянскіе не содержатъ указаній на существованіе такого права, за исключеніемъ нѣкоторыхъ данныхъ, относящихся только до Поморянъ (Шпилевскій, стр. 163), но за то и по нимъ, какъ и по нѣмецкимъ законамъ, нѣтъ никакихъ предѣловъ родительской расправы, въ случаѣ неповиновенія или проступковъ дѣтей.

Не касаясь сѣдой древности, вспомнимъ всѣмъ извѣстную характеристику принциповъ воспитанія по Домострою, принциповъ, и нынѣ далеко еще не вымершихъ въ жизни. «Казни сына своего отъ юности его», говоритъ онъ (гл. XIX), «и покоитъ тя на старость твою и дастъ ти красоту души твоей. И не ослабѣй бія младенца; аще бо жезломъ біеши его, то не умретъ, но здравѣе будетъ: ты бо бія его по тѣлу, душу его избавляеши отъ смерти... наказуй его во младости, да радуешеся о немъ въ мужествѣ, и по средѣ знаемыхъ похвалишися и зависть пріимутъ враги твои. Воспитай дѣти своя съ прещеніемъ и обрящеши отъ нихъ покой и благословеніе» [4]).

Наглядным юридическимъ выраженіемъ этого широкаго права родительской власти могутъ служить постановленія объ отвѣтственности за убійство дѣтей: «А будетъ отецъ или мать, сына или дочь убьетъ до смерти, говоритъ уложеніе Алексѣя Михайловича (глава XXII, ст. 3), и ихъ за то посадити въ тюрьму на годъ, а отсидѣвъ въ тюрьмѣ годъ, приходити имъ къ церкви Божіей, и у церкви Божіи объявлять тотъ свой грѣхъ всѣмъ людямъ въ слухъ.

---

[1]) Такъ, хотя ст. 107 и говоритъ, что «жена обязана повиноваться мужу своему, *какъ главѣ семейства*, пребывать къ нему въ любви, почтеніи и въ неограниченномъ послушаніи», оказывать ему всякое угожденіе и привязанность, «*какъ хозяйка дома*», но отсюда нельзя никакимъ образомъ вывести права дисциплинарной расправы мужа; Резонъ, стр. 19, полагаетъ, впрочемъ, что по нашему праву мужъ можетъ примѣнять къ непокорной женѣ тѣ же мѣры исправленія, какъ и по отношенію къ дѣтямъ, включая сюда и тѣлесное наказаніе.

[2]) Ср. примѣры у Пахмана, Обычное гражданское право въ Россіи, т. II, 1879 г., стр. 85 и сл.: «мужъ даромъ бить свою жену не станетъ, а если бьетъ, значитъ она стоитъ», хотя уже и пословица прибавляетъ: «въ старыя годы бывало, мужья женъ бивали, а нынѣ живетъ, что жена мужа бьетъ».

[3]) См. подробности у Wilda, Strafrecht der Germanen, 1842 г., стр. 725 и сл.; суровость права, какъ указываютъ историки, смягчалась обычаями: такъ, отвергались отцомъ, напр., тройни, уроды, слабые; изъ здоровыхъ дѣтей—всего чаще дѣвочки. Hubrich, стр. 186, замѣчаетъ, что право родителей подвергать непослушныхъ дѣтей тѣлесному наказанію во всей Германіи признается несомнѣннымъ или на основаніи закона, или на основаніи обычая.

[4]) Эти положенія Домостроя о воспитаніи представляютъ развитіе мыслей, взятыхъ изъ ветхозавѣтныхъ книгъ, въ частности изъ «Книги премудрости Іисуса сына Сирахова», весьма распространенной между нашими книжниками въ періодъ до-московскій.

А смертію отца и матери за сына и за дочь не казнить» [1]). Такое же воззрѣніе сохранилось и въ Петровскомъ законодательствѣ, и такъ крѣпко укоренилось въ народѣ, что наши законодатели въ 1832 г. сочли нужнымъ въ сводѣ законовъ прямо оговорить (т. X, ч. I, ст. 170 изд. 1900 г.), что «родители не имѣютъ права на жизнь дѣтей и за убійство ихъ судятся и наказываются по уголовнымъ законамъ» [2]).

По дѣйствующимъ гражданскимъ законамъ, родители имѣютъ право для исправленія дѣтей строптивыхъ или неповинующихся употреблять домашнія мѣры исправленія (т. X, ч. I, ст. 165), а въ нѣкоторыхъ случаяхъ это даже вмѣнялось имъ какъ-бы въ обязанность. Такъ, по уложенію 1845 г. (до закона 1897 г. Іюня 2) за проступки дѣтей, совершенные безъ разумѣнія, или по неосторожности, не только малолѣтніе, но иногда и несовершеннолѣтніе, моложе 21 года, отдавались ихъ родителямъ для домашняго исправленія (улож., ст. 137, 138, 144). Кромѣ того, по ст. 1592 того же уложенія, родители были властны дѣтей обоего пола, несостоящихъ на государственной службѣ, за упорное неповиновеніе, развратную жизнь и другіе явные пороки заключать въ смирительный домъ, а позднѣе въ тюрьму на время отъ двухъ до четырехъ мѣсяцевъ, причемъ, до введенія въ дѣйствіе устава уголовнаго судопроизводства, такое право отдачи осуществлялось ими или непосредственно, или хотя и чрезъ судебную власть, но внѣ судебныхъ порядковъ, по ихъ заявленію [3]).

Дѣйствующее уголовное уложеніе также знаетъ отдачу несовершеннолѣтнихъ (до 17 лѣтъ), учинившихъ преступное дѣяніе, но не вмѣняемое имъ въ вину по ст. 41, или хотя и вмѣняемое, но при условіяхъ, указанныхъ во 2-й части ст. 55, подъ отвѣтственный надзоръ родителей или лицъ, у коихъ они находились, но ничего не говоритъ о томъ, какія мѣры должны употреблять по отношенію къ этому малолѣтнему тѣ, кому онъ отданъ подъ надзоръ.

Затѣмъ, уложеніе вовсе не упоминаетъ о правѣ родителей на отдачу ихъ дѣтей въ тюрьмы, или въ исправительныя заведенія, такъ какъ оно, хотя и опредѣляетъ отвѣтственность дѣтей за упорное неповиновеніе родительской власти, а равно и за грубое съ родителями обращеніе, подвергая виновныхъ аресту до 6 мѣсяцевъ, но эта отвѣтственность должна быть назначена судомъ на общемъ основаніи.

Дисциплинарная власть осуществляется самими родителями, причемъ законъ не опредѣляетъ ни объема, ни характера дозволенныхъ къ употребленію средствъ, глухо говоря только въ ст. 168 т. X, ч. I, изд. 1900 г., что родители по отношенію къ лицу дѣтей своихъ не могутъ покушаться на такія дѣянія, которыя по общимъ законамъ подлежатъ наказанію уголовному; но само собою разумѣется, что государство на общемъ основаніи имѣетъ право надзора за осуществленіемъ дисциплинарной власти родителями, привлекая виновныхъ въ наказуемомъ злоупотребленіи таковою къ уголовной отвѣтственности на общемъ основаніи.

Конечно, въ семьѣ, въ силу ея многоразличныхъ измѣненій въ жизни, нерѣдко, мѣсто кровныхъ родителей занимаютъ другія лица, какъ, напр., вотчимъ и мачиха, старшіе въ

---

[1]) Въ литовскомъ статутѣ, бывшемъ источникомъ этихъ постановленій, назначался срокъ заключенія 1 годъ и 6 недѣль (раздѣлъ XI, артикулъ VII); а въ правахъ, по которымъ судится малороссійскій народъ, глава XX, арт. 5, прибавлено: «если убьютъ не по случаю, но за какую-нибудь вину, или и безъ вины нарочно».

[2]) При этомъ законъ также счелъ нужнымъ прибавить (ст. 169), что родители не имѣютъ права принуждать дѣтей къ совершенію дѣяній противозаконныхъ или къ соучастію въ оныхъ; нынѣ, впрочемъ, ст. 170 предположена къ исключенію. Относительно объема правъ родительской власти по взглядамъ сельскаго сословія см. у Пахмана, в. с., стр. 144 и сл.

[3]) Ст. 165 X т., I ч., по изд. 1900 г.; нынѣ эта часть ст. 165 предположена къ исключенію. По буквальному тексту ст. 1592 улож., даже изд. 1885 г., отдача въ тюрьму назначалась по требованію родителей *безъ особаго судебнаго разсмотрѣнія*; но эта часть статьи 1592, какъ процессуальная и несогласная съ уст. угол. судопр. 1864 г., была признана отмѣненною уголовнымъ департаментомъ еще въ 1868 г., № 555, по дѣлу Чулкова. Равнымъ образомъ, съ отмѣною въ 1885 г. смирительныхъ домовъ и вызваннымъ этою отмѣною измѣненіемъ цѣлаго ряда статей уст. о содерж. подъ страж., прекратилось право родителей заключать непокорныхъ дѣтей въ смирительные дома и замѣнившія ихъ тюрьмы, непосредственно, безъ обращенія къ судебной власти, какъ это было разъяснено въ рѣшеніи Общаго Собранія Правительствующаго Сената 1888 г. № 4.

родѣ, но къ нимъ уже не переходятъ указанныя выше права родителей, въ полномъ ихъ объемѣ, имъ принадлежитъ власть, сходная съ властью школы, вытекающая изъ обязанности надзора, попеченія и воспитанія по отношенію къ малолѣтнимъ. Въ примѣненіи къ нашему праву это начало было высказано уголовнымъ кассаціоннымъ департаментомъ Правительствующаго Сената въ рѣшеніи 1873 г., № 452, по дѣлу Тарасовой, гдѣ онъ разъяснилъ, что мачиха, по своимъ прямымъ обязанностямъ, есть ближайшая воспитательница своей малолѣтней падчерицы, а потому не можетъ не имѣть надъ нею извѣстной степени власти, но власть эта не должна выходить изъ круга тѣхъ мѣръ, которыя предоставляется употреблять воспитателямъ и воспитательницамъ вообще; поэтому она, ни по своимъ отношеніямъ къ падчерицѣ, ни по уполномочію отъ своего мужа, не можетъ имѣть надъ падчерицею полной родительской власти, которая принадлежитъ исключительно тѣмъ лицамъ, которыя произвели дитя на свѣтъ, видятъ въ немъ плоть отъ плоти своей и не отличаютъ интересовъ своихъ отъ интересовъ потомства [1]).

Близкую связь съ дисциплинарною властью семьи имѣетъ дисциплинарная власть школы: Выполненіе обязанности воспитанія падаетъ, прежде всего, на семью; но тамъ, гдѣ она не хочетъ или не можетъ выполнить этого назначенія своими средствами, на помощь ей является государство, а осуществителемъ его заботъ становится школа. Всякая воспитательно-образовательная дѣятельность, по природѣ своей, требуетъ извѣстной власти по отношенію къ учащимся, власти, которая давала-бы возможность, рядомъ съ умственнымъ развитіемъ, вырабатывать волю и характеръ учащихся, содѣйствовать усвоенію ими честныхъ убѣжденій, строгихъ правилъ и добрыхъ привычекъ (воспитательная инструкція бывшихъ военныхъ прогимназій, ст. 19).

Такимъ образомъ, возникаетъ дисциплинарная власть школы, частью въ силу передачи ей власти родительской, какъ на это указываетъ и 179 ст. т. X, ч. I, зак. гражд., частью по уполномочію государства [2]).

---

[1]) Ср. также рѣшеніе 1878 г., № 15, по дѣлу Муллиной; нѣсколько иныя соображенія были высказаны Сенатомъ въ рѣшеніи 1884 г., № 28, по дѣлу Нехезина, но эти разъясненія касались исключительно представительства малолѣтнихъ на судѣ.

[2]) Ср. O. Schwarze, Das Züchtigungsrecht des Lehrers und das Strafgesetzbuch, G. 1887 г., № 8; G. Freudenstein, Das Erziehungsstrafrecht in Haus und Schule, 1882 г.; Topf, Das Strafrecht der deutschen Volksschulen, 1887 г.; A. Finger, Das Züchtigungsrecht und dessen Missbrauch; въ Juristischer Blätter 1888 № 6—9; Hubrich, Züchtigungsrecht in seiner strafrechtlicher Bedeutung, G. XLVI, 161. Губрихъ спеціально разсматриваетъ вопросъ о правѣ на примѣненіе въ дисциплинарномъ порядкѣ тѣлесныхъ наказаній; въ особенности обширную работу Fett, Handbuch des deutschen Schulstrafrechts, 1889 г. Обширная практика германскаго Reichsgericht'а вызвала весьма желчный разборъ Kessler, въ статьѣ Das Reichsgericht und das Züchtigungsrecht der Lehrer въ G. 1888 г., № 3; отвѣтъ на эту статью—члена кассаціоннаго суда Stenglein—Das Reichsgericht und das Züchtigunsrecht der Lehrer, въ G. 1889 г., № 1. Штейнглейнъ, стр. 7, такъ резюмируетъ кассаціонную практику: для уголовной отвѣтственности за превышеніе дисциплинарной власти необходима объектная противозаконность дѣянія, каковая существуетъ: а) когда для примѣненія школьнаго взысканія не было основанія вообще или существующее основаніе не могло повлечь за собою примѣненіе тѣлеснаго взысканія, такъ что дисциплинарная власть являлась только прикрытіемъ задуманнаго истязанія; б) когда учитель не былъ вообще уполномоченъ примѣнять тѣлесное наказаніе, или не былъ уполномоченъ примѣнять таковое по употребленному имъ способу, размѣру, или при данныхъ условіяхъ (безъ согласія начальства, въ виду возраста или пола дитяти); в) когда тѣлесное наказаніе, хотя по способу и условіямъ было допустимо, но было примѣнено въ такомъ размѣрѣ, что вызвало разстройство здоровья, не соединенное съ понятіемъ школьнаго взысканія. Далѣе, для привлеченія къ отвѣтственности за умышленное тѣлесное поврежденіе необходимо, чтобы виновный сознавалъ противозаконность своего дѣянія, а для наказуемости за неосторожность—чтобы наступившее вредное послѣдствіе, превосходящее мѣру школьнаго взысканія, при надлежащемъ вниманіи и обдуманности могло быть предусмотрѣно виновнымъ, или когда это послѣдствіе, хотя и было предвидѣно виновнымъ, но онъ по преступной безпечности не придалъ этой возможности надлежащаго значенія. При этомъ по разъясненіямъ рейхсгерихта, въ тѣхъ случаяхъ, когда виновный превысилъ предѣлы своихъ правъ не сознательно, въ силу ложнаго представленія о своихъ обязанностяхъ, онъ можетъ подлежать наказанію

Объемъ школьной власти не можетъ быть всегда одинаковъ; онъ видоизмѣняется, смотря по возрасту воспитанниковъ и по характеру заведенія, въ силу преобладанія въ немъ воспитательнаго или образовательнаго элементовъ. По отношенію къ дѣтямъ меньшаго и даже средняго возраста, школа не только дополняетъ, но и замѣняетъ собою семью, особенно, напр., въ заведеніяхъ закрытыхъ. Поэтому, ея власть объемлетъ всю личность воспитанника: она вѣдаетъ не только его шалости и нарушенія чисто-учебнаго порядка, но и проявленія его порочныхъ и даже преступныхъ наклонностей; она наблюдаетъ за нимъ не только въ школѣ, но и внѣ ея. Само государство, какъ мы видѣли, отказывается отъ уголовнаго наказанія малолѣтнихъ и передаетъ ихъ или родителямъ, или особымъ воспитательнымъ учрежденіямъ, пріютамъ. Примѣненіе дисциплинарной власти въ школѣ этого типа, по общему правилу, безусловно устраняетъ дѣйствіе карательной власти государства, допуская ея вмѣшательство развѣ только въ случаѣ совершенія наиболѣе тяжкихъ преступленій воспитанниками старшаго возраста, напр., 14 и болѣе лѣтъ [1]).

Въ виду аналогіи съ семьей, школьная власть этого періода должна пользоваться сравнительно значительнымъ просторомъ дѣятельности. Государство не можетъ и не должно создавать подробнаго и точнаго кодекса нарушеній и порядка взысканія за нихъ, чтобы не задушить этими мертвыми формулами живое дѣло воспитанія; но, сохраняя общій надзоръ за ходомъ и развитіемъ школьнаго дѣла, государство, однако, не можетъ оставить безъ контроля и власть дисциплинарную. Съ одной стороны, оно можетъ требовать, чтобы школьныя предписанія и правила дѣйствительно соотвѣтствовали идеѣ умственнаго, нравственнаго и истинно-религіознаго развитія, чтобы въ нихъ не возводились въ добродѣтель, не дѣлались обязательными доносъ и наушничество, фарисейство и лицемѣріе, которые, ради временныхъ выгодъ школьной власти, подрываютъ основы молодой личности, создавая изъ юношей истинныхъ враговъ общественнаго и государственнаго развитія. Съ другой стороны, государство должно установить надзоръ за школьными взысканіями, опредѣлить для нихъ извѣстные предѣлы. Эти взысканія, какъ справедливо говорила инструкція для военныхъ прогимназій (§ 33), должны налагаться съ исключительною цѣлью исправленія, а не быть актомъ возмездія [2]).

Подобными наказаніями могутъ быть чисто воспитательныя взысканія — выговоры, уменьшеніе балловъ по поведенію, лишеніе льготъ, карцеръ, а въ крайнемъ случаѣ, удаленіе изъ даннаго заведенія; но съ трудомъ можно согласить съ идеею школьной дисциплины, въ особенности для дѣтей младшаго и средняго возраста, исключеніе изъ школы съ лишеніемъ права поступать въ какое-бы то ни было заведеніе, ибо такое пораженіе правъ можетъ быть лишь послѣдствіемъ тяжкихъ нарушеній, выходящихъ изъ предѣловъ компетентности дисциплинарныхъ учрежденій, послѣдствіемъ такой закоренѣлости, какую едва-ли можно предполагать въ юношескомъ возрастѣ [3]).

только въ дисциплинарномъ, а не въ уголовномъ порядкѣ. Какое количество дѣлъ этого рода возникаетъ въ Германіи, въ силу господства въ низшихъ школахъ тѣлесной расправы, въ видѣ пощечинъ, ударовъ палкою, Haselnusstöckchen и т. п., можно видѣть изъ числа дѣлъ о тѣлесныхъ поврежденіяхъ и истязаніяхъ, причиненныхъ учителями, доходившихъ до разсмотрѣнія Reichsgericht'a: ср. рѣшеніе 14 Апр. 1880 г.; 30 Іюня, 29 Сент. и 24 Ноябр. 1881 г.; Дек. 18, 1883 г.; 3 и 29 Марта, 18 Апрѣля и 1 Дек. 1887 г. и др., причемъ Штейнглейнъ, стр. 6, заявляетъ, что множество однородныхъ рѣшеній не напечатано. Обширное собраніе уголовныхъ дѣлъ, возникавшихъ по поводу злоупотребленій дисциплинарною властью, приведено въ руководствѣ Фетта. Ср. также Hubrich, в. с., стр. 197 и сл.

[1]) Таковы, напр., случаи убійства, поджога, изнасилованія и т. д. Нельзя не замѣтить, что уставы и правила нашихъ среднихъ учебныхъ заведеній, какъ общихъ, такъ и спеціальныхъ, напр., военныхъ, духовныхъ, не даютъ никакого прямого указанія по этому предмету. По уставамъ военно-учебныхъ заведеній, воспитанники предаются общему суду не иначе, какъ по распоряженію главнаго начальника военно-учебныхъ заведеній, или же главными спеціальными управленіями. Св. воен. постан., ч. IV т. 2, 1869 г., ст. 607, 749.

[2]) Ср. положеніе о приходскихъ училищахъ (т. XI, ст. 3453, 3454).

[3]) Такое безусловное исключеніе навсегда, нерѣдко, напр., практиковалось у насъ за время управленія министерствомъ народ. просв. графа Д. А. Толстаго, особенно послѣ 1867 г. Такъ, по

Взысканія дисциплинарныя могутъ быть налагаемы или властью воспитательною, единоличною—инспектора, директора, или, въ важнѣйшихъ случаяхъ, педагогическимъ совѣтомъ заведенія [1]).

Нѣсколько иначе ставится дисциплинарный вопросъ въ высшихъ учебныхъ заведеніяхъ—университетахъ, академіяхъ и т. п. [2]), какъ въ виду возраста воспитанниковъ, переходящаго весьма часто періодъ полнаго совершеннолѣтія, такъ и въ силу преобладанія въ этихъ заведеніяхъ образовательнаго элемента, благодаря которому дѣйствія власти дисциплинарной по преимуществу направляются только на поддержаніе порядка при научныхъ занятіяхъ.

Но, однако, такой исключительный взглядъ на дѣло былъ-бы одностороненъ: немыслимо отбросить и забыть воспитательное значеніе и этого періода, по крайней мѣрѣ, для значительнаго большинства учащихся. Въ эти годы вмѣстѣ съ знаніемъ пріобрѣтаются и укрѣпляются и тѣ идеалы, которые должны служить свѣточемъ и руководителемъ въ дальнѣйшей жизни; вырабатываются же они, какъ подъ вліяніемъ преподавателей, такъ, еще болѣе, подъ вліяніемъ среды, товарищества. Общность занятій и дѣятельности неминуемо сплачиваетъ учащуюся массу въ болѣе или менѣе плотное цѣлое, придаетъ ей корпоративный характеръ, а вмѣстѣ съ тѣмъ появляются не только корпоративные интересы, но и идея о корпоративной чести и достоинствѣ. Поэтому естественно, что дисциплинарная власть не можетъ всегда оставаться безразличною къ такимъ поступкамъ учащихся, которые хотя и совершаются внѣ стѣнъ заведенія, или влекутъ отвѣтственность по общимъ уголовнымъ законамъ, но въ то-же время указываютъ на свойства и качества совершившаго, не соотвѣтствующія понятію о чести и достоинствѣ корпораціи, или даже могущія вредно вліять на товарищей [3]).

Разумѣется, осуществленіе этой дисциплинарной власти должно быть поставлено иначе, чѣмъ въ школахъ низшихъ, а именно съ большею опредѣленностью случаевъ отвѣтственности: такъ, напр., правила всѣхъ нашихъ университетовъ, при дѣйствіи устава 1863 г., заключали болѣе или менѣе подробный перечень проступковъ, которые могли быть

имѣвшимся у меня подъ рукою данныхъ, въ теченіе 9 лѣтъ, съ 1872—1880 г., было исключено навсегда около 600 воспитанниковъ, да сверхъ того до 150 было уволено на нѣсколько лѣтъ; въ этомъ числѣ находится до 400 воспитанниковъ среднихъ учебныхъ заведеній, начиная со 2-го и 3-го класса гимназій; такое исключеніе практиковалось въ крайне разнообразныхъ случаяхъ: лишеніе навсегда права получать образованіе назначалось не только за пьянство, упорное неповиновеніе, но, напр., за отказъ отвѣчать урокъ закона Божія, за вырѣзываніе пасквильныхъ стиховъ на партѣ, за чтеніе книгъ запрещеннаго содержанія, или просто за политическую неблагонадежность безъ опредѣленія, въ чемъ таковая состояла. Къ сожалѣнію, подобная практика исключеній продолжала дѣйствовать въ Мин. Нар. Просв. и въ позднѣйшее время. Нельзя не вспомнить также циркуляръ 18 Іюня 1887 г., который, въ видахъ удаленія изъ гимназій дѣтей, родившихся и воспитывавшихся въ несоотвѣтственной обстановкѣ, рекомендовалъ директорамъ увольнять, не стѣсняясь формальными правилами о взысканіяхъ. Ср. Вѣстникъ Европы 1897 г. №№ 6 и 7, «Московскій Университетъ». Не трудно, конечно, умозаключить, какое вліяніе имѣла подобная система на увеличеніе контингента участвующихъ въ пропагандѣ, соціально-революціонныхъ движеніяхъ и даже въ болѣе тяжкихъ посягательствахъ на государственный порядокъ.

[1]) Относительно гимназій и прогимназій гражданскаго вѣдомства см. Резонъ, в. с., стр. 23 и сл.; т. XI, ст. 1538 п. 9; 1759 п. 2; правила о взысканіяхъ составляются мѣстными педагогическими совѣтами и утверждаются Мин. Нар. Просв. (ст. 1499, 1719). Ср. для отдѣльныхъ учебныхъ заведеній также ст. 1591 п. 9, 1917, 2138 (указано, что высшее наказаніе—исключеніе изъ училища), 2148 п. 10, 2149, 2225 п. 11, 2226; 2304 п. 4, 2305 п. 1; 2576 (съ подробнымъ перечисленіемъ дисциплинарныхъ мѣръ и порядка ихъ назначенія), 2589 п. 15; 2620 п. 10 и др.

[2]) Для опредѣленія отвѣтственности за нарушенія дисциплины въ военныхъ академіяхъ существуютъ особыя инструкціи, основывающіяся на воинскомъ дисциплинарномъ уставѣ. (Ср. сводъ военныхъ постановленій, изд. 1869 г., часть IV т. 2, ст. 43, 285, 604, 749, 931, 1148).

[3]) Въ виду этого, по уставу уголовнаго судопроизводства о всякомъ привлеченіи воспитанниковъ и слушателей къ дознанію или предварительному слѣдствію, а равно и о всякомъ постановленіи о нихъ приговора увѣдомляется начальство подлежащаго заведенія.

совершены студентами; взысканія по уставу 1863 г. (§§ 56—59), только при маловажныхъ, такъ сказать, текущихъ нарушеніяхъ дисциплины, могли быть назначаемы властью инспектора или ректора, а во всѣхъ остальныхъ случаяхъ налагались университетскимъ судомъ, дѣйствовавшимъ, правда, въ суммарномъ порядкѣ, но во всякомъ случаѣ болѣе гарантировавшимъ спокойное и всестороннее разсмотрѣніе дѣла, чѣмъ замѣнившій его порядокъ устава 1884 г.

По уставу университетовъ 1884 г., по отношенію къ дисциплинарной отвѣтственности различаются посторонніе слушатели и студенты; первые за нарушеніе установленнаго порядка подвергаются или временному удаленію по распоряженію инспектора, или удаленію навсегда по распоряженію ректора (ст. 522); студенты подвергаются болѣе разнообразнымъ взысканіямъ, какъ, напр., выговору, аресту въ карцерѣ, удаленію, исключенію; взысканія эти налагаются инспекторомъ, ректоромъ или правленіемъ (т. XI, ч. I, ст. 525). Въ случаѣ же, когда нарушеніе правилъ сопровождалось уголовнымъ проступкомъ, то виновный, по исключеніи изъ университета, передается судебной власти. Кромѣ того, уставъ допускаетъ дисциплинарную отвѣтственность студентовъ и за проступки, учиненные внѣ стѣнъ университета, и притомъ не только за дѣянія, уголовно наказуемыя, но и вообще за проступки, имѣющіе предосудительный характеръ [1]).

Регулируя дѣйствія дисциплинарной власти школы, государство, конечно, сохраняетъ за собою и право контроля надъ ея органами, подвергая ихъ взысканіямъ дисциплинарнымъ и уголовнымъ за превышеніе власти. Эта отвѣтственность должна покоиться на тѣхъ же основаніяхъ, какъ и отвѣтственность всѣхъ другихъ дисциплинарныхъ органовъ, и въ этомъ отношеніи крайне желательно, какъ справедливо замѣчаетъ Фрейденштейнъ, чтобы государство въ школьныхъ законахъ, регламентахъ, инструкціяхъ опредѣлило важнѣйшія условія этой отвѣтственности. Такимъ образомъ, напр., права школьной дисциплинарной власти могутъ быть предоставлены только извѣстнымъ лицамъ, пріобрѣвшимъ право на обученіе; поэтому, причиненіе какихъ либо тѣлесныхъ страданій, имѣющихъ преступный характеръ, хотя бы и при обученіи малолѣтнихъ, но лицомъ, не имѣющимъ на это права, не можетъ считаться осуществленіемъ дисциплинарной власти; равнымъ образомъ, въ тѣхъ случаяхъ, когда въ школѣ примѣненіе извѣстныхъ мѣръ взысканія, напр., исключеніе изъ заведенія, примѣненіе тѣлеснаго наказанія и т. п., предоставлено только педагогическому совѣту заведенія, или когда назначеніе столь тяжкихъ мѣръ допущено только за извѣстные опредѣленные проступки, или когда употребленіе опредѣленнаго рода взысканія вовсе воспрещено школьными правилами, то отступленіе отъ этихъ правилъ должно почитаться превышеніемъ дисциплинарной власти. Но при этомъ нельзя забывать, что наличность законныхъ условій не устраняетъ еще безусловно возможности превышенія власти, потому что такое превышеніе можетъ заключаться не только въ незаконности, но и въ завѣдомой несправедливости употребленныхъ мѣръ школьныхъ взысканій, когда, напр., характеръ, способъ или размѣръ употребленныхъ взысканій придаетъ имъ значеніе, несоотвѣтственное требованіямъ закона, — когда выговоръ становится надругательствомъ и притомъ затрогивающимъ честь не только ребенка, но и его семьи, карцеръ обращается въ гибельное для здоровья одиночное заключеніе, розги являются средствомъ истязанія и т. д. При этихъ послѣднихъ условіяхъ, установленіе виновности, зависящей отъ обстоятельствъ отдѣльнаго случая, представляется, конечно, весьма труднымъ, а потому, какъ указываетъ Фрейденштейнъ, коль скоро дѣла этого рода доходятъ до суда, то отъ послѣдняго требуется, при опредѣленіи отвѣтственности воспитателей, особое вниманіе къ своеобразнымъ потребностямъ школьной дисциплины. Отвѣтственность за превышеніе власти должна быть прежде всего также дисциплинарная, предъ начальствомъ; но она переходитъ въ общую уголовную, какъ скоро такое превышеніе объясняется не однимъ непониманіемъ, легкомысліемъ или увлеченіемъ, а представляется злоумышленнымъ поступкомъ, систематическою жестокостью, нравственною испорченностью, причемъ для учителей, состоящихъ на государственной

---

[1]) По примѣч. къ ст. 525 т. XI, подробныя правила о взысканіяхъ за нарушеніе студентами ихъ обязанностей и порядокъ ихъ наложенія опредѣляются въ особой инструкціи, утверждаемой Мин. Нар. Просв.

службѣ, отвѣтственность должна наступать въ томъ же порядкѣ, какъ и отвѣтственность для должностныхъ лицъ вообще, за допущенныя ими нарушенія ихъ обязанностей.

18. Еще болѣе важное значеніе имѣетъ дисциплинарная власть церкви [1]).

Какъ неумолкающій голосъ совѣсти требуетъ отчета въ поступкахъ даже у людей, повидимому, давно схоронившихъ всѣ принципы нравственности, отчета грознаго, налагающаго иногда на нарушителя такія внутреннія страданія, предъ которыми ничтожны всѣ муки современныхъ казней, такъ побуждаетъ и истинно вѣрующаго сознаніе грѣха къ очищенію совѣсти. Это самообвиненіе грѣшника предъ лицомъ Всевѣдущаго, это алканіе забвенія и примиренія находитъ себѣ выраженіе въ таинствѣ покаянія. Сущность покаянія, какъ очищенія совѣсти, остается тою же, выражается ли оно въ видѣ непосредственнаго покаянія, какъ у протестантовъ, или въ видѣ исповѣди, какъ въ церкви православной и католической, гдѣ духовникъ является какъ бы свидѣтелемъ и предстателемъ за кающагося [2]). Въ истинности раскаянія и во всепрощающей любви Бога лежитъ благодатная сила той разрѣшительной молитвы, въ которой внѣшне выражается власть, переданная Господомъ апостоламъ: «аминь бо глаголю вамъ: елика аще свяжете на земли, будутъ связана на небеси» (Матвѣя XVIII, 18). Нѣтъ того грѣха, нѣтъ той глубины паденія, какъ говоритъ Златоустъ, котораго-бы не покрыли раскаяніе и вѣра, такъ какъ церковь врачебница, а не судилище, въ ней не истязуютъ, а даютъ прощеніе во грѣхахъ. Даже тѣ благочестивыя упражненія, эпитиміи, которыя можетъ наложить духовникъ на кающагося, имѣютъ только значеніе дѣйствій, примиряющихъ и успокаивающихъ совѣсть по доброй волѣ сокрушающагося о грѣхахъ, а отнюдь не составляютъ наказаній, возмездія за грѣхи [3]).

Исчерпываются-ли, однако, этимъ очищеніемъ совѣсти всѣ отношенія церкви къ прегрѣшившему ея члену? Какъ внѣшнее установленіе, какъ извѣстное единеніе, община, не нуждается ли церковь въ средствахъ внѣшней расправы съ нарушителями ея постановленій и требованій? Отвѣтъ, повидимому, долженъ быть отрицательный: наказаніямъ нѣтъ мѣста въ царствѣ Христовомъ, въ царствѣ не отъ міра сего. Припомнимъ, что на вопросъ Петра: можно-ли до семи разъ прощать согрѣшившему? Великій Учитель отвѣчалъ: «не глаголю тебѣ до седмь кратъ, но до семьдесять кратъ седмерицею» (Матвѣя, XVIII, 22). А въ нагорной проповѣди, установляя начала христіанскаго поведенія, не завѣщалъ-ли Спаситель своей паствѣ: «любите враги ваша, благословите клянущыя вы, добро творите ненавидящимъ васъ и молитеся за творящихъ вамъ напасть и изгоняющыя вы» (Матвѣя, V, 44, Луки, VI, 27—36). Тогда только, прибавляетъ Онъ, вы будете достойными сынами

---

[1]) П. Суворовъ, О церковныхъ наказаніяхъ, 1876 г.; въ особенности, его же, Объемъ дисциплинарнаго суда и юрисдикціи церкви въ періодъ вселенскихъ соборовъ, 1884 г.; Н. Заозерскій, Церковный судъ въ первые вѣка христіанства, 1878 г.; München, Das canonische Gerichtsverfahren und Strafrecht, 2 т., 1 изд., 1865; Fabri, Ueber Kirchenzucht im Sinne und Geiste des Evangeliums, 1854 г.; Schulte, Ueber Kirchenstrafen, 1872 г.; рядъ работъ F. Kober о наказаніяхъ по каноническому праву: Der Kirchenbann, 1857 г.; Die Suspension der Kirchendiener, 1862 г.; Die Deposition und Degradation, 1867 г.; Kellner, Das Buss und Strafverfahren gegen Kleriker in den sechs ersten christlichen Jahrhunderten, 1863 г.; Molitor, Ueber Kanonische Gerichtsverfahren gegen Kleriker, 1856 г. Кромѣ того, см. соотвѣтствующіе отдѣлы въ учебникахъ церковнаго права, въ особенности: Walter, Lehrbuch des Kirchenrechts aller christlichen Confessionen, 12 изд., 1856 г.; A. Richter, Lehrbuch des katholischen und evangelischen Kirchenrechts, 6 изд., 1865—1867 г.; Schulte, Lehrbuch des katholischen Kirchenrechts, 3 изд., 1873 г.

[2]) Исповѣдующій свои грѣхи съ сокрушеніемъ сердца становится въ то же положеніе, въ какомъ находится человѣкъ послѣ таинства крещенія. Преосв. Макарій, Догматическое богословіе, т. II, стр. 498.

[3]) Многіе изъ канонистовъ разсматриваютъ покаяніе, какъ внутренній судъ церкви, forum internum, въ которомъ разрѣшеніе исповѣдника является приговоромъ. Такъ смотритъ на него, напр., Заозерскій, в. с., стр. 3 и сл.; но если и можно допустить такое уподобленіе, то развѣ только для древнѣйшаго періода церковной исторіи, когда покаяніе приносилось открыто, предъ лицомъ всего собранія вѣрующихъ. Ср. о значеніи тайной исповѣди въ первые вѣка христіанства у Суворова, Дисципл. судъ, стр. 38 и сл., стр. 87 и сл.

Того, кто повелѣваетъ солнцу равно свѣтить надъ добрыми и злыми и посылаетъ дождь на праведныхъ и неправедныхъ [1]).

Но и въ первоначальной общинѣ христіанской не всѣ были всецѣло проникнуты этимъ началомъ всепрощенія и братства, и между ними были такіе, о которыхъ Спаситель сказалъ: «устами глаголютъ: Господи, Господи, а сердце далече отстоитъ отъ Мене». Съ другой стороны, эта община входила въ міръ, чуждый ей по принципамъ жизни, смотрѣвшій на нее недовѣрчиво и враждебно: не слѣдовало-ли съ этой стороны охранить зародышъ будущаго великаго тѣла?

Спаситель строго отдѣлялъ царство Божіе и кесарево и на просьбу одного изъ слушающихъ его, чтобы онъ заставилъ брата раздѣлиться съ нимъ, далъ извѣстный отвѣтъ: «человѣче, кто мя постави судію или дѣлителя надъ вами» (Лука XII, 14); Онъ въ саду Гефсиманскомъ потребовалъ, чтобы Симонъ Петръ, обнажившій мечъ въ защиту его, вложилъ его въ ножны; Онъ, наконецъ, своими страданіями и смертью далъ высшій примѣръ подчиненія суду земному. Но въ то-же время, желая оградить церковную общину отъ вмѣшательства извнѣ, Спаситель указалъ путь разбора недоразумѣній, ссоръ, могущихъ возникнуть между членами церкви. Если согрѣшитъ предъ тобою твой братъ, иди къ нему и обличи его на единѣ; если-же онъ будетъ упорствовать, то возьми съ собою одного, двухъ или трехъ свидѣтелей, которые-бы подтвердили справедливость словъ твоихъ; если-же ихъ не послушаетъ, то скажи церкви; «аще-же и церковь преслушаетъ, то буде тебѣ яко-же язычникъ и мытарь» (Матвѣя, XVIII, 15—17).

Это-то единственное мѣсто Евангелія и послужило основою всему ученію церкви о правѣ внѣшняго, открытаго ея суда. Собственно, по словамъ Спасителя, такое разбирательство могло быть допустимо только при столкновеніяхъ между членами церкви, средствомъ разрѣшенія недоразумѣній являлось болѣе или менѣе публичное увѣщаніе, а результатомъ—или подчиненіе требованіямъ церкви, или отчужденіе упорствующаго [2]).

Но такая постановка церковнаго суда измѣнилась уже во времена Апостоловъ. Увеличеніе церковной общины и выдѣленіе изъ нея церковной іерархіи придало ей болѣе крѣпкую организацію, а болѣе частыя столкновенія съ іудеями и язычниками, начавшіяся гоненія, невольно усилили ея замкнутость и отчужденность. Отдѣленный отъ общаго, судъ церкви надъ ея членами сдѣлался необходимымъ условіемъ ея бытія и не только по дѣламъ уголовнымъ, но и по гражданскимъ [3]). Въ первомъ посланіи Апостола Павла къ коринѳянамъ (VI, 1—10) онъ говоритъ: «какъ смѣетъ кто изъ васъ, имѣя дѣло съ другимъ, судиться у нечестивыхъ, а не у святыхъ, потому что святые будутъ судить міръ, а тѣмъ болѣе дѣла житейскія; и то, добавляетъ онъ, весьма унизительно, что возникаютъ между вами тяжбы, а еще хуже, что они разбираются невѣрными» [4]).

---

[1]) Припомнимъ также слова Спасителя, сказанныя въ отвѣтъ на укоръ фарисеевъ, что онъ и его ученики *имѣютъ общеніе* и раздѣляютъ трапезу *съ мытарями* и грѣшниками: «не пріидохъ бы призвати праведники, но грѣшники на покаяніе» (Матвѣя, IX, 10—13).

[2]) Заозерскій, стр. 11 и сл., вслѣдъ за многими канонистами, находитъ въ этихъ словахъ Спасителя еще два самостоятельные признака суда церкви, а именно, что такой судъ отличается отъ суда братскаго особенными формальностями и что судъ принадлежитъ не всей церкви, а только ея представителямъ. Но обоихъ этихъ условій въ подлинныхъ словахъ Евангелія не усматривается. Еще менѣе можно согласиться съ Заозерскимъ, в. с., стр. 17, что, напр., въ нагорной проповѣди находится перечисленіе предметовъ вѣдомства церковнаго суда. Спаситель несомнѣнно установляетъ тамъ только принципы христіанской морали.

[3]) Чѣмъ крѣпче организовывалась первобытная церковная община, говоритъ Schulte, Kirchenstrafen, стр. 7, съ теологами во главѣ, тѣмъ больше являлось внѣшнихъ правилъ, связующихъ не только мораль, но и вѣру, и съ тѣмъ вмѣстѣ дававшихъ поводъ и массѣ нарушеній. Уже во 2-мъ столѣтіи мы находимъ самостоятельное сочиненіе о еретикахъ, а съ 3-го, являются преслѣдованія и отлученія даже цѣлыхъ церковныхъ округовъ, во главѣ которыхъ стояли епископы-еретики.

[4]) Заозерскій, в. с., стр. 43, дѣлаетъ такой общій выводъ, что къ концу апостольскаго вѣка христіане по всѣмъ дѣламъ судились въ церковномъ судѣ, а всякое обращеніе къ суду свѣтскому было воспрещено. Изъ примѣровъ апостольскаго суда можно видѣть разнообразіе его юрисдикціи; такъ, по суду Апостола Петра—Ананій и Сапфира, нарушившіе заповѣдь общенія имущества, утаивъ

Въ то же время измѣнился взглядъ и на назначеніе этого суда, на цѣль церковныхъ взысканій. Не одно врачеваніе больной души, не одно желаніе спасти заблудшую овцу и возвратить ее въ лоно церкви, «пріобрѣсти брата», о которыхъ говоритъ Спаситель, опредѣляетъ церковно-карательную дѣятельность; рядомъ съ этими стремленіями указываются и другія цѣли, вполнѣ сходныя съ идеею мірскаго наказанія [1]). Такъ, въ судѣ надъ кровосмѣсителемъ Апостолъ Павелъ заботится объ уничтоженіи соблазна для другихъ; вслѣдъ затѣмъ выдвигается идея охраненія чести церкви отъ невѣрующихъ; наконецъ, указывается и принципъ простаго воздаянія за совершившееся нарушеніе церковныхъ требованій.

Пока церковь была гонимою, эта обособленность ея членовъ въ дѣлахъ судебныхъ вытекала изъ существа ея отношеній къ язычеству: нельзя было ожидать отъ иновѣрныхъ судей справедливости, нельзя было давать имъ повода вмѣшиваться въ ея дѣла. Но съ того времени, когда начинается господство церкви, когда она становится государственною религіею, исчезаетъ, повидимому, необходимость самостоятельнаго церковнаго суда, въ особенности для мірянъ, а между тѣмъ церковная юрисдикція не только не уменьшается, но, напротивъ, растетъ.

Идею охраны смѣняетъ идея власти; понятіе объ обязанности церкви спасти погибшаго брата замѣняетъ свѣтская идея о правѣ наказывать за неисполненіе ея повелѣній; на видное мѣсто выдвигается стремленіе создать безграничное господство клира надъ мірянами. Новеллы христіанскихъ императоровъ признаютъ за каноническими постановленіями силу государственныхъ законовъ и съ этой точки зрѣнія смотрятъ и на ихъ нарушителей. Прежде удаленный изъ общества вѣрующихъ или отлученный отъ церкви оставался полноправнымъ гражданиномъ, теперь вмѣстѣ съ отлученіемъ онъ долженъ подвергнуться и гражданскимъ правопораженіямъ [2]).

Даже покаяніе, исключительно построенное на идеѣ самообвиненія, раскаянія и очищенія совѣсти, возводится въ систему карательныхъ мѣръ. Въ правилахъ Григорія Чудотворца и въ особенности Василія Великаго мы встрѣчаемъ цѣлый уголовный кодексъ наказаній, кодексъ, построенный на одной основной мысли, что каждый грѣхъ покрывается извѣстнымъ количествомъ лѣтъ покаянія и даже опредѣленными его способами. Покаяніе является цѣлою системою, съ строго различными стадіями, какъ «плачъ», «слушаніе», «припаданіе»,

---

часть полученной ими за продажу ихъ имѣнія суммы, были осуждены на смерть, и приговоръ осуществился чудодѣйственно (Дѣянія, глава V). Апостолъ Павелъ осудилъ Коринѳскаго кровосмѣсителя не только на отлученіе, но и на преданіе сатанѣ, въ изможденіе плоти, и притомъ судилъ заочно, по дошедшимъ до него слухамъ; наконецъ, въ посланіи къ Тимоѳею (V, 19—21) говорится объ особомъ судѣ епископа надъ пресвитерами и надъ клиромъ. Перечень проступковъ, указанныхъ въ «правилахъ», признаваемыхъ вселенскою церковью за установленіе апостольское, см. у Заозерскаго, в. с., стр. 36.

[1]) Ср. Суворовъ, в. с., стр. 24 и сл. Поучителенъ въ этомъ отношеніи отвѣтъ Кипріана карѳагенскаго епископу Евкратію на вопросъ о томъ, можно-ли терпѣть въ христіанской общинѣ актера, преподававшаго свое искусство мальчикамъ. Кипріанъ говоритъ, что, по его мнѣнію, не согласуется ни съ величествомъ Божіимъ, ни съ требованіями Евангелія, если на честь церкви ложится пятно отъ столь позорнаго прикосновенія. Иначе отвѣчалъ Спаситель фарисеямъ на укоръ ихъ въ томъ, что къ нему прикоснулась блудница (Луки, глава VII, 37—50): «отпущаются грѣси ея мнози, яко возлюби много».

[2]) Ср. характеристику этихъ измѣненій въ особенности у Schulte, Kirchenstrafen, стр. 11 и сл. «dem Banne folgt die Acht». Между тѣмъ число проступковъ, за которые назначалось отлученіе, возрастало. Достаточно вспомнить, замѣчаетъ Шульте, что въ католической церкви даже теперь, послѣ милостивой буллы Пія IX, отъ 11 окт. 1869 г., насчитывается до 200 случаевъ, въ которыхъ можетъ быть назначено отлученіе даже безъ суда, епископскою властью. Отлученіе назначалось и для тѣхъ, которые не постились, и для тѣхъ, которые постились, но не во время; отлучалась, напр., женщина за то, что она обрѣзывала волосы или носила платье, похожее покроемъ на мужское; отлучались за всякое сомнѣніе въ правильности постановленій церковныхъ властей и т. п. При этомъ не надо забывать, что въ средніе вѣка, если отлученный не раскаивался въ теченіе года, то на него могло упасть подозрѣніе въ ереси, а затѣмъ въ перспективѣ виднѣлся и костеръ.

«стояніе съ вѣрными»; благочестивыя упражненія становятся въ дѣйствительности карою, взысканіемъ.

Еще болѣе мірской характеръ получаетъ открытый судъ церкви съ его казнями. Даже цензуры католической церкви, какъ, напр., интердиктъ, т. е. запрещеніе общественнаго богослуженія въ цѣлой мѣстности, стали въ дѣйствительности карою, падавшею на виновныхъ и невинныхъ; а между виндикативными наказаніями мы встрѣчаемъ уже не только денежныя взысканія, изгнаніе, лишеніе свободы, тѣлесное наказаніе, но и самую смерть. Стоитъ вспомнить изъ преданій исторіи ту массу человѣческихъ жертвъ, то море крови еретиковъ, раскольниковъ, лицъ, обвиняемыхъ въ колдовствѣ, союзѣ съ діаволомъ, которое было пролито или свѣтскими судами, по *обязательному* для нихъ требованію церковныхъ властей, или свѣтскими исполнителями постановленій духовныхъ судовъ; стоитъ вспомнить то ликованіе, съ которымъ встрѣчали, напр., папы, какъ Иннокентій III, Александръ IV, кровавые законы противъ еретиковъ, чтобы усомниться, была-ли дѣйствительно средневѣковая церковь представительницею религіи любви и мира, преподанной въ Евангеліи [1]).

Самая область церковнаго суда представлялась крайне широкою: его вѣдѣнію подлежали безусловно всѣ церковныя нарушенія, какъ отпаденіе отъ вѣры, ереси и расколы, симонія и т. д.; затѣмъ шли delicta mixta, которыя вѣдались духовнымъ судомъ, какъ скоро онъ предупреждалъ вмѣшательство суда свѣтскаго, напр., дѣла о прелюбодѣяніи, конкубинатѣ, кровосмѣшеніи, содоміи, колдовствѣ, святотатствѣ, клятвопреступленіи, богохуленіи и т. п. [2]).

Кромѣ того, церковному же суду подлежалъ клиръ, который еще во 2-мъ вѣкѣ христіанства образовалъ какъ-бы особое сословіе, подсудное спеціальному суду не только по нарушеніямъ ихъ обязанностей, но и по всѣмъ дѣламъ [3]). Клиръ скоро сталъ отожде-

---

[1]) Я упоминаю только о церкви католической, но нельзя не замѣтить, что съ такими же явленіями, хотя и не въ такомъ объемѣ, встрѣчаемся мы и въ церкви протестантской, и въ православной. Подробныя указанія можно найти у Суворова, в. с., стр. 112. Припомнимъ, напр., разсказъ лѣтописи о томъ, какъ Іоаннъ III вмѣстѣ съ Симономъ митрополитомъ и съ епископами и со всѣмъ освященнымъ соборомъ «обыскаша еретиковъ и повелѣша лихихъ смертною казнію казнити, иныхъ сожгоша въ клѣткѣ, инымъ языка урѣзаша, иныхъ въ заточеніе послаша» и т. д.; или подвиги Геннадія, архіепископа новгородскаго въ 1485 г., дѣйствовавшаго притомъ съ благословенія Зосимы митрополита который, прежде чѣмъ сжечь еретиковъ, подвергъ ихъ мучительнымъ и позорнымъ казнямъ: посадилъ на лошади лицомъ къ хвосту, одѣлъ ихъ въ одежды задомъ на передъ, а на головѣ шлемы берестены остры, яко бѣсовскіе, а еловцы мочальные, а вѣнцы соломенные съ сѣномъ смѣшаны, а на груди надпись: «се есть сатанино воинство»,—и велѣлъ водить по городу, чтобы всѣ встрѣчавшіеся плевали на нихъ, а потомъ велѣлъ эти берестовые и мочальные шлемы на головѣ поджечь; вспомнимъ разсужденія Іосифа Волоцкаго, что грѣшника все равно убить, что молитвою, что руками; или обвиненія, взведенныя на соборѣ на патріарха Никона, что онъ многіе люди мучаше: «овыхъ кнуты, овыхъ же палицыми безъ милости, иныя же на пытцѣ жещи повелѣвая».

[2]) Ср. Geib, I, стр. 130. Перечень всѣхъ преступленій, отнесенныхъ къ церковной подсудности по нашимъ церковнымъ уставамъ, сдѣланъ у Чебышева-Дмитріева, О преступномъ дѣйствіи по русскому до-петровскому праву, 1862 г., стр. 101—104; а также К. Неволинъ, О пространствѣ церковнаго суда въ Россіи до Петра Великаго, собр. соч., т. VI, стр. 253 и сл.; Суворовъ, Дисциплинарный судъ—стр. 51—72, 169 и сл.

[3]) Противоположеніе клира мірянамъ было сдѣлано еще Тертуліаномъ, разсматривавшимъ его, какъ особое «ordo», подобное сословію сенаторовъ или декуріоновъ. Для клира существовали и особыя наказанія, какъ, напр., временное запрещеніе участія въ служеніи, иногда, по императорскому законодательству, заключеніе въ монастырь и, наконецъ, изверженіе изъ клира (depositio), замѣнявшее обыкновенно для нихъ отлученіе отъ церкви. Въ 25 правилѣ апостольскомъ говорится: «епископъ, или пресвитеръ, или діаконъ, въ блудодѣяніи, или въ клятвопреступленіи, или въ тяжбѣ обвиняемый, да будетъ низверженъ отъ священнаго чина, но да не будетъ отлученъ отъ общежитія церковнаго, ибо писаніе глаголетъ: не *отмстиши* дважды за едино». Это своеобразное толкованіе правила «non bis in idem» ясно указываетъ на чисто свѣтское понятіе о наказаніи, повидимому, не вполнѣ соотвѣтствующее словамъ Евангелія: «всякому же, ему же дано много, много взыщется отъ него; и ему же предаша множайше, множайше просятъ отъ него» (Лука, XII, 48).

ствляться съ самымъ понятіемъ церкви и всякая попытка ограниченія его привилегій, начиная съ свободы отъ податей и кончая не подчиненіемъ свѣтскимъ судамъ, стала считаться болѣе тяжкимъ грѣхопаденіемъ, чѣмъ даже колебаніе заповѣдей Христовыхъ.

Церковью же вѣдалась цѣлая серія лицъ, хотя и не принадлежавшихъ къ клиру, но, напр., по нашему древнему праву, находившихся подъ ея особымъ покровительствомъ [1]), или зависѣвшихъ отъ нея, какъ отъ патримоніальнаго владѣльца [2]).

Въ результатѣ же, пересматривая весь объемъ дѣятельности и степень власти церковныхъ судовъ въ исторіи, мы видимъ, что они безусловно конкурировали съ карательною властью государства, и ихъ взаимныя границы, начиная съ среднихъ вѣковъ, установились только въ силу упорной борьбы. Да еще и нынѣ предѣлы дисциплинарной власти церкви, какъ на западѣ, такъ и у насъ, далеко не являются въ законченной формѣ, соотвѣтствующей тому идеальному понятію о церкви, которое установлено божественнымъ основателемъ христіанства и его ближайшими учениками, той церкви, гдѣ не истязаютъ, а даютъ прощеніе въ грѣхахъ, которая заботится не объ отлученіи и прещеніи, а о молитвѣ за заблудшихъ ея членовъ.

По нашему дѣйствующему праву, дисциплинарная власть православной церкви проявляется различно по отношенію къ мірянамъ и по отношенію къ клиру, причемъ по отношенію къ мірянамъ необходимо отдѣлять: учиненіе ими посягательства на права и интересы церкви и учиненіе грѣховныхъ дѣяній.

Что касается первой группы, то нынѣ всѣ уголовныя посягательства на права церкви включены въ общее уголовное уложеніе и виновные въ таковыхъ преслѣдуются въ общемъ порядкѣ. Нѣкоторыя сомнѣнія возникали только относительно порядка наложенія взысканій за нарушенія благочинія при богослуженіи. Уже указами Петра Великаго 1718 и 1723 годовъ была установлена отвѣтственность за неблагочинное стояніе въ церкви, по рублю съ человѣка, замѣненная при Екатеринѣ II, по уставу благочинія, взысканіемъ дневнаго пропитанія нищаго. По поводу этого штрафа, при Императрицѣ Елизаветѣ [3]) между синодомъ и сенатомъ шли пререканія о томъ, кому принадлежитъ право ихъ взысканія—духовнымъ или свѣтскимъ органамъ, и только указами 1816 и 1817 годовъ споръ былъ рѣшенъ въ пользу послѣднихъ. По своду законовъ и по уложенію 1845 г. (ст. 243—252, изд. 1857 г.) различались нарушенія благочинія мірянами и клиромъ. Къ первымъ относили: появленіе въ церкви въ пьяномъ или непристойномъ видѣ; нарушеніе благочинія крикомъ, хохотомъ или непристойными дѣйствіями; занятіе въ церкви неподлежащихъ мѣстъ; подача въ церкви жалобы или просьбы духовному или свѣтскому начальству и т. п. Всѣ эти случаи вѣдались и тогда уже свѣтскими судами, потомъ перешли въ ст. 35 и 36 уст. о нак., а затѣмъ въ дѣйствующее уложеніе, такъ что по дѣламъ этого рода устраняется всякая дисциплинарная власть церкви.

Иное значеніе имѣютъ взысканія за грѣховныя дѣянія. Несомнѣнно, что если церковь воспрещаетъ что либо ея членамъ, какъ грѣхъ, то она можетъ установить и извѣстныя послѣдствія за неисполненіе этихъ запретовъ, но также несомнѣнно, что какъ установленіе понятія грѣховнаго можетъ быть дѣлаемо каноническою, а не свѣтскою властію, можетъ основываться на заповѣдяхъ ея божественнаго Основателя, на ученіи апостоловъ и постановленіяхъ соборовъ, такъ тѣмъ же религіознымъ характеромъ должны быть проникнуты и послѣдствія грѣховности и самый порядокъ ихъ наложенія—заглажденіе грѣха требуетъ покаянія и раскаянія, примиренія совѣсти съ требованіями Всемогущаго.

---

[1]) Такъ, по нашимъ церковнымъ уставамъ Владиміра и Всеволода, къ церковнымъ людямъ, кромѣ клира и монашествующихъ. отнесены: просвирни, церковные сторожа, мѣстники, прощенники, вдовы, задушные люди, прикладники, странницы, нищіе, врачи, пустынники, странноприимцы, растриги, изгои. Ср. Чебышевъ-Дмитріевъ, в. с., стр. 39.

[2]) Котошихинъ говоритъ, что духовенство и монастыри вѣдаютъ своихъ подданныхъ крестьянъ... «во всякихъ дѣлахъ и податяхъ, кромѣ разбойныхъ и иныхъ великихъ уголовныхъ дѣлъ». Въ митрополичьихъ наказахъ говорится: «въ духовныхъ и во всякихъ расправныхъ дѣлахъ судомъ вѣдать и расправу всякую чинить по правиламъ св. Апостоловъ, св. Отецъ по царскому, и по соборному уложенію».

[3]) Ср. Суворовъ, в. с., стр. 140, пр. 1.

Средствомъ для этого должны быть наставленія и увѣщанія, а внѣшнимъ выраженіемъ покаянія—благочестивыя дѣйствія и т. д. Причемъ всѣ эти положенія сохраняютъ свою силу и тогда, когда грѣховное является неразрывно слитымъ съ преступнымъ. Только въ томъ случаѣ, когда церковь признаетъ внѣшнія формы покаянія принудительными, придаетъ имъ характеръ лишеній или ограниченій правъ личныхъ или имущественныхъ, государство можетъ учредить за ними надзоръ, поставить извѣстные предѣлы, можетъ возбранить и устранить ту или другую ихъ форму. Мало того, даже если покаяніе осуществляется не по принужденію, а добровольно, по почину кающагося, государство, въ интересахъ публичныхъ, въ видахъ общественнаго порядка, интересовъ семьи кающагося и т. д., можетъ проявить свое вмѣшательство и поставить извѣстныя ограниченія, предѣлы.

У насъ съ XVIII столѣтія вопросъ о церковныхъ взысканіяхъ съ мірянъ получаетъ совершенно своеобразную постановку: не церковь вторгается въ сферу государственной дѣятельности, а наоборотъ, государственная власть разсматриваетъ церковь и ея судъ, какъ государственное вѣдомство дѣлъ грѣховныхъ. Въ виду этого оно не только опредѣляетъ, какія дѣянія должны считаться грѣховными и подлежать взысканіямъ со стороны духовнаго суда, но и признаетъ эти указанія ограничительными для церкви; такъ смотритъ, напр., на данный вопросъ воинскій уставъ Петра Великаго, видящій въ покаяніи одну изъ мѣръ карательныхъ, публично исполняемыхъ виновными, въ указанныхъ закономъ случаяхъ.

Этотъ взглядъ привился къ духовной практикѣ св. синода [1]), перешелъ въ сводъ, а оттуда и въ уложеніе о наказаніяхъ 1845 г., придавъ ему характеръ, рѣзко отличающій его отъ кодексовъ западныхъ.

Уложеніе въ ст. 58 упоминало о церковномъ покаяніи въ числѣ дополнительныхъ наказаній, а въ особенной части перечисляло рядъ проступковъ, при которыхъ судъ духовный могъ обложить мірянъ церковными взысканіями, относя сюда какъ нарушенія, исключительно затрагивающія постановленія церкви, напр., небытіе у исповѣди, такъ и дѣянія, одновременно нарушающія и общіе и церковные законы. Эти церковныя взысканія могли быть налагаемы или исключительно, или какъ дополненіе къ наказаніямъ свѣтскимъ; но во всякомъ случаѣ при этой системѣ устранялась возможность привлеченія къ духовному суду мірянъ за дѣянія, въ уложеніи не указанныя.

Церковныя взысканія, налагаемыя на мірянъ, о которыхъ говорило уложеніе, сводились къ тремъ: церковное покаяніе, лишеніе христіанскаго погребенія, отдача въ монастырь [2]).

Церковное покаяніе во всякомъ случаѣ налагалось не свѣтскимъ, а духовнымъ судомъ; при этомъ, по ст. 1002 у. у., с. дѣла о тѣхъ преступленіяхъ и проступкахъ, за которые въ законахъ уголовныхъ налагается лишь церковное покаяніе или отсылка виновнаго къ духовному суду, подлежали исключительно сему суду, такъ что по нимъ свѣтская власть не только не постановляла приговоровъ, но не могла производить и разслѣдованія; въ тѣхъ же случаяхъ, когда церковное покаяніе назначалось только какъ дополнительное взысканіе, дѣло разсматривалось въ общемъ порядкѣ, а затѣмъ приговоръ, постановленный свѣтскимъ судомъ, сообщался епархіальному начальству для преданія осужденныхъ покаянію, такъ что въ послѣднемъ случаѣ наложеніе покаянія было возможно только при признаніи общимъ судомъ подсудимаго виновнымъ, или, какъ выражалась даже ст. 953 уст. угол. судопр., оно примѣнялось къ *осужденнымъ* на церковное покаяніе.

Виды и сроки покаянія опредѣлялись епархіальнымъ начальствомъ (ст. 973 уст угол. судопр., ст. 58 улож. изд. 1885 г.) по церковнымъ правиламъ. Въ уложеніи же были указаны только нѣкоторыя ограниченія этого права. Такъ, напр., осужденные къ ссылкѣ. въ каторжную работу, церковному покаянію не предавались (ст. 1003 уст. угол. судопр.); осужденные къ ссылкѣ на поселеніе или на житье предавались покаянію на мѣстѣ ихъ ссылки; наконецъ, статья 208 улож. указывала, что при осужденіи къ покаянію вообще

---

[1]) См. примѣры у Суворова, в. с., стр. 189 и сл. Оттого и самые поклоны назначались духовными властями «на страхъ другимъ», а часто духовная эпитимія замѣнялась розгами.

[2]) По своду законовъ (ст. 76, по изд. 1842 г.), къ церковнымъ наказаніямъ, кромѣ покаянія относились еще: смиреніе, исправленіе или увѣщаніе по правиламъ св. Апостоловъ и св. Отцовъ и по церковному уставу.

необходимо наблюдать, чтобы должностныя лица не были надолго отвлекаемы отъ службы, а поселяне—отъ работъ [1]).

Тѣмъ не менѣе, уложеніе не считало покаяніе наказаніемъ, а только дисциплинарною мѣрою, сходною юридически съ отдачею дѣтей на исправленіе родителямъ. Къ нему не примѣнялись правила о совокупности [2]) и объ уголовной давности; по ст. 167 улож., на покаяніе не распространялась сила Всемилостивѣйшаго прощенія, а оно прекращалось или продолжалось только по усмотрѣнію духовныхъ властей [3]).

Во всякомъ случаѣ, такая постановка вопроса о церковномъ покаяніи являлась несостоятельною, возлагая на судебную власть функціи, ей несвойственныя, обращая высокій принципъ покаянія въ простую формальность и внося въ дѣло вѣры и совѣсти внѣшнее принужденіе, противорѣчащее самой природѣ церковнаго общенія. Сообразно сему, при составленіи проекта нынѣ дѣйствующаго уголовнаго уложенія было предположено исключить изъ упоминаемыхъ въ немъ карательныхъ мѣръ церковное покаяніе, тѣмъ болѣе, что этимъ не отнималось у духовныхъ властей ни право, ни возможность примѣненія такихъ послѣдствій и къ лицамъ, одновременно съ нарушеніемъ заповѣдей церкви учинившимъ преступныя дѣянія, такъ какъ въ уставѣ духовныхъ консисторій указанъ рядъ отдѣльныхъ случаевъ, требующихъ обязательнаго очищенія совѣсти покаяніемъ и такъ какъ состоящіе при мѣстахъ заключенія священнослужители всегда могутъ осуществлять эти требованія церкви. Этотъ взглядъ былъ раздѣленъ и государственнымъ совѣтомъ, который только нашелъ необходимымъ установить, что уголовные суды, въ случаѣ осужденія кого либо за указанныя особо въ законѣ преступныя дѣянія (примѣнительно тѣ, за которыя опредѣлялось покаяніе по уложенію 1845 г.) должны увѣдомлять о семъ епархіальное начальство на предметъ наложенія на осужденнаго церковнаго покаянія.

По уставу духовныхъ консисторій (ст. 277, по изд. 1883 г.), сроки и обряды прохожденія покаянія опредѣляются по роду проступковъ и преступленій, на основаніи церковныхъ правилъ. Но изъ того же устава (ст. 17) видно, что покаяніе бываетъ негласное или публичное, въ приходской церкви или въ монастырѣ. Различіе между послѣдними формами установлено указами св. синода отъ 11 Іюля 1851 г. и 18 Марта 1868 г. [4]). Въ силу этого указа церковное покаяніе должно быть всегда отбываемо въ приходскихъ церквахъ, а прохожденіе его въ монастырѣ можетъ быть или только въ силу особаго Высочайшаго повелѣнія, или когда будетъ доказана безуспѣшность покаянія на мѣстѣ жительства.

Другое церковное наказаніе—лишеніе христіанскаго погребенія назначалось по уложенію только для самоубійцъ, дѣйствовавшихъ притомъ въ состояніи вмѣняемости и не по мотивамъ, указаннымъ въ 1474 ст. улож. [5]). По правиламъ церковнымъ, такая мѣра

---

[1]) Въ нѣкоторыхъ статьяхъ (185, 188 и 207) уложеніе назначало, вмѣсто церковнаго покаянія, отсылку къ духовному начальству для вразумленія и внушенія.

[2]) Ср. рѣш. угол. деп. прав. сената $^{68}/_{160}$, Умецкихъ; $^{70}/_{907}$, Бережнаго. Такому взгляду на юридическое значеніе покаянія не противорѣчитъ и то обстоятельство, что покаяніе было принудительно для приговореннаго, что онъ обязывался очистить свою совѣсть, ибо таково свойство многихъ дисциплинарныхъ мѣръ. Суворовъ, в. с., стр. 193, защищаетъ противоположное мнѣніе, что по уложенію 1845 г. церковное покаяніе есть наказаніе.

[3]) Ср. указанія у фонъ Резонъ, стр. 14.

[4]) Подробное извлеченіе изъ этихъ указовъ см. у Суворова, в. с., стр. 202 и сл. Сущность покаянія по указамъ составляютъ: хожденіе въ церковь, по возможности, ежедневно, земные поклоны предъ иконостасомъ съ произношеніемъ молитвы мытаря, усиленные посты, частая исповѣдь безъ допущенія къ причастію, дѣла благочестія. Ср. также уст. о пред. и пресѣч. прест., ст. 24, изд. 1876.

[5]) Причемъ послѣ введенія судебныхъ уставовъ порядокъ примѣненія этой мѣры являлся совершенно неопредѣленнымъ, такъ какъ уголовные суды не могли разбирать дѣла о самоубійцахъ, а статья 1002 у. у. с. по ея точному смыслу также не могла быть распространяема на дѣла сего рода.

можетъ быть примѣняема и къ другимъ покойникамъ, напр., къ опившимся, убитымъ при учиненіи ими разбоя или на поединкѣ [1]).

Наконецъ, отдача въ монастырь являлась въ уложеніи 1845 г въ трехъ типахъ: какъ взысканіе, замѣняющее для несовершеннолѣтнихъ другія наказанія; какъ составная часть сложнаго и исключительнаго наказанія при кровосмѣшеніи между прямыми родственниками и боковыми до второй степени включительно (до зак. 1900 Іюня 10), или, наконецъ, какъ взысканіе самостоятельное (ст. 1549, 1566, 1585, 1594 улож.). Но во всякомъ случаѣ эта отдача представлялась наказаніемъ въ юридическомъ смыслѣ, а потому назначалась всегда по приговору свѣтскаго суда, который установлялъ и сроки пребыванія въ монастыряхъ. Въ дѣйствующемъ уложеніи отдача въ монастыри сохранилась исключительно какъ мѣра замѣны отдачи въ исправительные пріюты несовершеннолѣтнихъ женскаго пола, при чемъ сроки пребыванія въ нихъ судомъ не опредѣляются, но они во всякомъ случаѣ не могутъ быть оставляемы тамъ по достиженіи 21 года. По уставу уголовнаго судопроизводства православные могутъ быть помѣщаемы въ монастыри, спеціально указанные для сего епархіальнымъ начальствомъ, а малолѣтніе другихъ христіанскихъ исповѣданій лишь въ тѣ монастыри, въ которыхъ пребываніе постороннимъ не воспрещено особыми правилами [2]).

Всего обширнѣе является, конечно, власть церкви по отношенію къ клиру и къ лицамъ, посвятившимъ себя на служеніе Богу, монашествующимъ. Разсматривая предѣлы власти церкви въ этомъ отношеніи, мы найдемъ въ нихъ слѣды того-же историческаго стремленія устранить всякое вмѣшательство въ дѣла церковныя свѣтскаго суда, обособить членовъ клира, какъ отдѣльную корпорацію, въ силу чего постоянно измѣнялся объемъ этой власти. Между тѣмъ, для правильной постановки вопроса, мнѣ кажется, и здѣсь необходимо различать три случая. Члены клира и монашествующіе могутъ совершать общіе проступки, тогда ихъ отвѣтственность должна опредѣляться общими законами безотносительно къ важности нарушенія; санъ виновныхъ можетъ развѣ только вліять на *порядокъ отбытія* наказанія. Далѣе, такъ какъ члены клира, напр., у насъ, исполняютъ обязанности органовъ свѣтской государственной власти, то при нарушеніяхъ этого рода и порядокъ ихъ отвѣтственности долженъ быть вообще тождественъ съ отвѣтственностью лицъ служащихъ свѣтскихъ вѣдомствъ. Наконецъ, они могутъ быть виновны въ нарушеніи чисто церковныхъ обязанностей, тогда, разумѣется, они и отвѣчаютъ предъ властью церковною въ порядкѣ дисциплинарномъ, по ея правиламъ. Государство, въ этихъ случаяхъ, можетъ только сохранить право надзора за дѣятельностью этой власти и право установленія предѣловъ дисциплинарныхъ взысканій, подобно тому, какъ сохраняетъ оно такое же право и по отношенію къ другимъ учрежденіямъ, облеченнымъ дисциплинарною властью.

Дѣйствующее право по отношенію къ клиру и монашествующимъ православнаго исповѣданія предоставляетъ церковному суду не только юрисдикцію дисциплинарную, но отчасти и карательную. Уставъ уголовнаго судопроизводства (ст. 1017) указываетъ, что такая спеціальная подсудность существуетъ для нихъ не только за нарушеніе обязанностей ихъ званія, установленныхъ церковными правилами и другими дѣйствующими по духовному вѣдомству положеніями, но и за тѣ преступныя дѣянія, за которыя въ законахъ опредѣлено подвергать ихъ отвѣтственности по церковнымъ законамъ или по усмотрѣнію духовнаго начальства.

---

[1]) Еще болѣе широкій перечень знаетъ церковь римско-католическая; ср. у Суворова, в. с., § 13.

[2]) Сверхъ того, уставъ угол. судопр. (ст. 95, 706) говоритъ объ отлученныхъ отъ церкви по приговору церковнаго суда, которые не допускаются къ свидѣтельству подъ присягою (то же повторяютъ ст. 84 и 371 уст. гражд. судопр. и ст. 248 п. 8, 2-й части XV т.). Но это отлученіе, подробно регулированное у насъ духовнымъ регламентомъ Петра В. и практиковавшееся еще въ прошломъ столѣтіи надъ политическими преступниками, теперь уже почти вышло изъ практики. Ср. объ исторіи этого наказанія въ нашей церкви у Суворова, в. с., стр. 148—174. Римско-католическая церковь знаетъ и нынѣ отлученіе малое и великое, т. е. отлученіе отъ всего общества вѣрующихъ, но послѣднее, напр., въ Германіи, безусловно отмѣнено по зак. 1873 г.

Случаевъ послѣдняго рода было довольно много въ уложеніи о наказаніяхъ (ст. 859, 956, 1442, 1552, 1557, 1569 и 1574 изд. 1885 г.); дѣйствующее уголовное уложеніе сохранило въ сущности ту же систему, измѣнивъ только объемъ, а именно, при посягательствахъ противъ союза семейнаго, въ частности при отвѣтственности за заключеніе недѣйствительныхъ браковъ, православное духовенство отвѣчаетъ по уложенію уголовному только въ наиболѣе тяжкихъ случаяхъ, напр., при бракахъ насильственныхъ, или заключенныхъ съ лицомъ, завѣдомо невмѣняемымъ, въ прочихъ же случаяхъ, въ коихъ духовныя лица другихъ инославныхъ христіанскихъ исповѣданій подлежатъ отвѣтственности по уложенію, о православномъ духовенствѣ не упоминается, и потому виновные могутъ отвѣчать только по церковнымъ законамъ. Тѣ же дѣянія, которыя по уложенію о наказаніяхъ 1845 г. для духовныхъ лицъ всѣхъ вѣроисповѣданій влекли только церковную отвѣтственность, вовсе не включены въ уголовное уложеніе.

По уставу же духовныхъ консисторій, члены православнаго духовенства (по ст. 148) подлежатъ епархіальному суду по проступкамъ противъ должности, благочинія и благоповеденія. Самыя нарушенія ими обязанностей званія указаны или въ уставѣ духовныхъ консисторій, или въ инструкціи благочиннымъ православныхъ церквей, 1859 г., или же, наконецъ, въ отдѣльныхъ указахъ св. синода и иныхъ постановленіяхъ по духовному вѣдомству. При этомъ, по разъясненію Сената [67/594, Соколова; 71/87, Гессе (по об. с.),], подъ нарушеніями должности слѣдуетъ понимать нарушенія или пастырскаго долга, или прямыхъ обязанностей священнослужителя; если же съ этимъ соединяются какія либо болѣе тяжкія уголовныя преступленія, то виновные отвѣчаютъ по общимъ уголовнымъ законамъ. Такъ, напр., за неисправное веденіе метрическихъ книгъ, за храненіе ихъ не въ самой церкви и за несвоевременную ихъ отсылку, виновные священно- и церковнослужители подлежатъ отвѣтственности по уставу духовныхъ консисторій, а за подлоги въ метрическихъ книгахъ отвѣчаютъ по уголовному уложенію.

Далѣе, къ проступкамъ противъ благочинія и благоповеденія, указаннымъ въ законахъ церковныхъ [1]), относятся частью нарушенія правилъ нравственности или поведенія, приличествующаго лицамъ духовнаго званія, какъ, напр., всякое нарушеніе цѣломудрія, нетрезвость, безстыдныя слова, пѣніе пѣсенъ, пляска, игра въ карты, посѣщеніе зазорныхъ мѣстъ, зрѣлищъ, театральныхъ увеселеній, чтеніе соблазнительныхъ книгъ; частью же нарушенія внѣшняго общественнаго порядка и благочинія, какъ буйство, драки, нарушеніе порядка въ церквахъ, обиды словами или дѣйствіемъ, т. е. поступки, предвидѣнные общими уголовными законами. Въ послѣднемъ случаѣ, по разъясненію уголовнаго кассаціоннаго департамента Сената, церковныя правила, какъ законъ исключительный, не допускаютъ распространительнаго толкованія, и по всѣмъ тѣмъ нарушеніямъ, которыя прямо не оговорены въ церковныхъ законахъ, духовныя лица отвѣчаютъ по законамъ свѣтскимъ [2]).

---

[1]) Перечень проступковъ, подсудныхъ церковному суду, хотя весьма не систематическій, сдѣланъ въ изданіи устава духовныхъ консисторій Ф. Ливанова, 1874 г., стр. 138—146; фонъ-Резонъ, стр. 41 и сл.

[2]) Между прочимъ и самъ уставъ духовныхъ консисторій заявляетъ (ст. 149, пункты б и в), что духовные подлежатъ свѣтскому суду при виновности ихъ: въ пристанодержательствѣ и укрывательствѣ бѣглыхъ, корчемствѣ, порубкѣ лѣсовъ, неисполненіи карантинныхъ и таможенныхъ постановленій и въ тяжкихъ уголовныхъ преступленіяхъ. Такова и практика нашего уголовнаго кассаціоннаго департамента Сената, который, напр., призналъ, что за появленіе пьянымъ въ публичномъ мѣстѣ (67/238, Жаренаго), за насиліе и самоуправство (74/240, Спасскаго) духовные отвѣчаютъ предъ церковнымъ судомъ, а за угрозы (71/72, Троцкаго о. с.), за покупку краденыхъ вещей (72/760, Розанова) и за утайку (75/1, Антоньева о. с.)—предъ свѣтскимъ. Въ обширной практикѣ по дѣламъ объ оскорбленіяхъ (ср. мое изданіе уложенія о наказаніяхъ, тезисы подъ ст. 169) Сенатъ разъяснилъ, что *священнослужители* за обиды на словахъ или дѣйствіемъ и за оклеветаніе частныхъ лицъ (за исключеніемъ клеветы, ст. 1535 улож. предусмотрѣнною, рѣш. 97/17) судятся духовнымъ судомъ, а за оскорбленіе должностныхъ свѣтскихъ лицъ—свѣтскимъ; *церковнослужители* за обиды священнослужителей—духовнымъ, а за всѣ другія оскорбленія—свѣтскимъ. Послѣднее толкованіе не вполнѣ, впрочемъ, согласно съ текстомъ 179, 180 и 186 ст. уст. духовн. консисторій.

Что касается монашествующихъ, то они, по ст. 196 уст. дух. консисторій, относительно отвѣтственности приравниваются къ бѣлому духовенству; но, сверхъ того, подвергаются и другимъ мѣрамъ взысканія, кои изложены въ завѣщаніяхъ для инока, преподанныхъ св. Василіемъ Великимъ, или которыя указаны во второй части кормчей книги, въ номоканонѣ и въ духовномъ регламентѣ.

Епархіальный судъ производится или непосредственно архіереемъ или чрезъ консисторію; причемъ, хотя ст. 155 уст. дух. конс. и указываетъ признаки, разграничивающіе ихъ компетентность, но крайне неясно [1]).

Взысканія, налагаемыя по церковному суду на лицъ духовныхъ, довольно разнообразны. Таковы по уставу духовныхъ консисторій: 1) лишеніе священнослужителей и священномонашествующихъ сана и монашества съ исключеніемъ изъ духовнаго вѣдомства, или безъ таковаго; 2) временное запрещеніе священнаго служенія съ отрѣшеніемъ отъ должности и низведеніемъ въ причетники или только съ наложеніемъ эпитиміи 3) временное испытаніе въ архіерейскихъ домахъ и въ монастыряхъ; 4) отрѣшеніе отъ мѣста или исключеніе за штатъ; 5) усугубленіе надзора; 6) пени; 7) поклоны; 8) выговоры и замѣчанія [2]). Въ этомъ перечнѣ не упомянуто еще объ исключеніи изъ духовнаго званія церковнослужителей.

Далѣе, въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ проступки духовныхъ лицъ вѣдаются общими судебными мѣстами, ихъ санъ вліяетъ какъ на порядокъ судопроизводства (ст. 218 уст. угол. суд.) [3]), такъ и на порядокъ исполненія наказанія. Такъ, по статьѣ 1029 уст. угол. судопр., въ случаѣ присужденія священнослужителей или монашествующихъ къ заключенію, не соединенному съ лишеніемъ духовнаго сана или съ исключеніемъ изъ духовнаго званія, приговоры сообщаются въ копіяхъ духовному начальству, для надлежащихъ съ его стороны распоряженій, т. е. для отбытія наказанія не въ общихъ мѣстахъ заключенія, а въ мѣстахъ, назначенныхъ распоряженіемъ его начальства. Выговоры и замѣчанія дѣлаются имъ по распоряженію и отъ имени сего начальства [4]).

Относительно иновѣрцевъ, также необходимо различать мірянъ христіанскихъ исповѣданій и лицъ духовныхъ. Первые по уложенію о наказаніяхъ 1845 г. подвергались церковной отвѣтственности почти во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, какъ и православные [5]), что подтверждалось и спеціальными о нихъ узаконеніями. Такъ, относительно католиковъ ст. 64 п. III и 250 п. III уст. дух. дѣлъ иностр. испов. (т. XI изд. 1896) постановляли, что предварительному разсмотрѣнію мѣстной консисторіи подлежатъ случаи, когда налагается церковное покаяніе за преступленія или проступки, по рѣшеніи дѣлъ о

---

[1]) По ст. 155 непосредственно архіерейскому суду подлежатъ: а) проступки невѣдѣнія и нечаянности, требующіе исправленія и очищенія совѣсти священнослужительской іерархическимъ дѣйствіемъ архіерея и неудобоподвергаемые гласности и формамъ обыкновеннаго суда; б) вообще проступки противъ должности и благоповеденія, не соединенные съ явнымъ вредомъ и соблазномъ, замѣченные въ священнослужителѣ, котораго прежнее поведеніе было неукоризненно; в) жалобы, приносимыя именно съ тѣмъ, чтобы неправильно поступившаго исправить архипастырскимъ судомъ и назиданіемъ безъ формальнаго судопроизводства.

[2]) Подробный обзоръ взысканій, налагаемыхъ на духовенство, см. у Суворова, в. с., стр. 311—337; у него же въ историческомъ отдѣлѣ можно найти много примѣровъ злоупотребленій со стороны церковныхъ властей по отношенію къ подвластному имъ духовенству.

[3]) Таковы: увѣдомленіе начальства о приступѣ къ слѣдствію, препровожденіе на его заключеніе обвинительныхъ актовъ, особыя правила о принятіи по отношенію къ этимъ лицамъ мѣръ пресѣченія и т. д.

[4]) Если арестъ назначается на случай несостоятельности къ уплатѣ денежныхъ взысканій, то отсылка къ епархіальному начальству допускается только при дѣйствительно оказавшейся несостоятельности, р. $^{72}/_{760}$, Розанова.

[5]) За прелюбодѣяніе по уложенію о наказаніяхъ (ст. 1585) церковное покаяніе назначалось и магометанамъ ихъ духовными властями соотвѣтственно постановленіямъ т. XI, ст. 1347, 1399 и др.

нихъ въ свѣтскихъ судахъ [1]), самое же рѣшеніе такихъ дѣлъ принадлежало епископу (для армянъ-католиковъ епископу принадлежитъ (ст. 251) только разсмотрѣніе апелляціонныхъ жалобъ и отзывовъ. Относительно лютеранъ ст. 553 п. 24 и 938 п. 27 указывали, что евангелическо-лютеранскимъ консисторіямъ принадлежитъ наложеніе, по распоряженію высшаго начальства, церковнаго покаянія на лицъ, по суду къ оному приговоренныхъ; затѣмъ статья 834 разъясняла, какъ долженъ поступать проповѣдникъ, коему, вслѣдствіе приговора судебнаго мѣста, поручено консисторіей возложить церковную эпитимію [2]).

Но по дѣйствующему уголовному уложенію, такъ же, какъ и относительно православныхъ, всѣ эти постановленія утратили свое значеніе и присужденіе къ церковному покаянію можетъ послѣдовать только по непосредственному распоряженію духовныхъ властей въ тѣхъ вѣроисповѣданіяхъ, которыя принимаютъ внѣшнія формы заглажденія грѣха.

Относительно спеціальныхъ проступковъ духовныхъ лицъ какъ инославныхъ христіанскихъ вѣроисповѣданій, такъ и вѣроисповѣданій нехристіанскихъ, какъ уложеніе 1845 г. [3]), такъ и дѣйствующее содержатъ рядъ постановленій, причемъ во всѣхъ этихъ случаяхъ законы свѣтскіе опредѣляютъ не только проступки, но и самый размѣръ наказанія, такъ что взысканія эти назначаются судомъ свѣтскимъ, хотя бы даже виновный былъ одновременно привлеченъ къ отвѣтственности и предъ духовнымъ судомъ своего исповѣданія, причемъ при производствѣ дѣлъ о духовныхъ лицахъ христіанскихъ исповѣданій соблюдаются тѣ же правила, какія установлены и для православнаго духовенства [4]).

Независимо отъ сего, конечно, духовныя лица инославныхъ исповѣданій отвѣчаютъ за нарушеніе обязанностей ихъ званія по отдѣльнымъ церковнымъ законамъ [5]), съ тѣмъ, однако, общимъ условіемъ, что (статья 3-я устава) управленія дѣлъ христіанскихъ и нехристіанскихъ исповѣданій хотя въ исполненіи своихъ дѣлъ и должностей поступаютъ по правиламъ и уставамъ своей вѣры, по неупустительно наблюдаютъ и государственныя узаконенія; спеціально же по отношенію къ католическому вѣроисповѣданію, статья 17, основанная на законѣ 29 Апрѣля 1896 г., постановляетъ, что никакія буллы, посланія и наставленія и вообще никакіе исходящіе отъ папскаго управленія акты не могутъ быть приводимы въ дѣйствіе въ имперіи и Великомъ Княжествѣ Финляндскомъ, безъ Высочайшаго Его Императорскаго Величества разрѣшенія, испрашиваемаго Мин. Внутр. Дѣлъ, по предваритель-

---

[1]) Какъ замѣчаетъ фонъ-Резонъ, стр. 16, тотъ же порядокъ долженъ быть соблюдаемъ и при примѣненіи церковныхъ наказаній, которыя налагаются исключительно церковными судами, по 1002 ст. у. у. с. изд. 1883 г.

[2]) По этимъ правиламъ проповѣдникъ долженъ наставлять какъ грѣшника, такъ и самый приходъ, въ значеніи и цѣли церковной эпитиміи, побуждать перваго къ чистосердечному раскаянію, но съ тѣмъ вмѣстѣ и утѣшать его, какъ учитъ Св. Евангеліе, и продолжать сіи увѣщанія и наставленія, доколѣ онъ не будетъ признанъ достойнымъ примиренія съ церковью, прочимъ же прихожанамъ онъ обязанъ напоминать, что никто сего примиреннаго съ церковью не имѣетъ права укорять въ испытанной имъ церковной эпитиміи и въ прежнихъ его проступкахъ, но что каждый долженъ видѣть въ немъ возвращеннаго ему брата по вѣрѣ. Нельзя, впрочемъ, не прибавить, что и при примѣненіи прежняго уложенія всѣ эти постановленія возбуждали затрудненія потому, что они предполагали наличность судебныхъ приговоровъ, присуждающихъ къ покаянію.

[3]) Для христіанскихъ исповѣданій ст.: 193, 194, 195, 1442, 1557, 1575—1578, а для иновѣрцевъ ст.: 1444, 1445, 1579 по изд. 1885 г.

[4]) Но эти правила не распространяются на духовныхъ лицъ нехристіанскихъ исповѣданій. 72/53, Мухаметзянова.

[5]) Католическая церковь, какъ по отношенію къ клиру, такъ и по отношенію къ мірянамъ различаетъ цензуры и наказанія—poenae vindicativae. Изъ цензуръ главную роль играетъ suspensio или временное запрещеніе какъ богослужебныхъ дѣйствій, такъ и полученія дохода; назначается оно въ разномъ объемѣ и притомъ или по суду, или по непосредственному епископскому усмотрѣнію. Изъ наказаній главную роль играетъ заключеніе въ монастырѣ или въ особо для того устроенныхъ заведеніяхъ и притомъ, какъ, напр., въ германскихъ государствахъ, не иначе, какъ съ согласія самого наказуемаго (прусскій законъ 12 Мая 1873 г. и австрійскій 7 Мая 1874 г., регулировавшіе отвѣтственность клириковъ) и изверженіе изъ клира или лишеніе должности.

номъ удостовѣреніи, что сіи акты не заключаютъ въ себѣ ничего противнаго государственнымъ постановленіямъ и священнымъ правамъ и преимуществамъ Верховной самодержавной власти. Самыя дѣла о дисциплинарныхъ нарушеніяхъ, учиненныхъ духовенствомъ католическимъ, разрѣшаются епархіальнымъ начальствомъ по предварительному разсмотрѣнію въ консисторіи, а маловажныя, не влекущія отрѣшенія отъ должности или болѣе или менѣе продолжительнаго заключенія, и безъ таковаго (ст. 64 п. I; 250 п. I); на рѣшенія, опредѣляющія отрѣшеніе отъ должности и вообще немаловажныя взысканія, допускаются отзывы въ римско-католическую духовную коллегію (ст. 67) (относительно армяно-католическаго духовенства указанія на такое право не содержится) [1]. Что касается духовныхъ лицъ евангелическо-лютеранскаго исповѣданія, то они отвѣтствуютъ за дисциплинарные проступки предъ своими консисторіями (ст. 477, 553 п. 18) а для евангелическо-аугсбургскаго исповѣданія губерній Царства Польскаго (ст. 938 и п. 20, 21) за упущенія и преступленія по должности или званію изобличенные наказываются, смотря по важности сихъ проступковъ и сопровождавшихъ оныя обстоятельствъ, или: 1) выговоромъ, или 2) отрѣшеніемъ отъ должности, или же, наконецъ, 3) лишеніемъ сана (ст. 478) [2], причемъ самое соотношеніе этихъ взысканій съ различными нарушеніями обязанностей и порядокъ ихъ наложенія опредѣляются въ уставѣ иностранныхъ исповѣданій (ст. 479 и слѣд.) [3]; проповѣдники лишенію духовнаго сана или отрѣшенію отъ должности могутъ быть подвергаемы только по судебному приговору или по Высочайшему повелѣнію (ст. 486), причемъ подъ судебными приговорами здѣсь понимаются не только приговоры судебныхъ мѣстъ, но и евангелическо-лютеранской, консисторіи постановляемые въ порядкѣ, статьями 583 и слѣд. подробно указанномъ. На всѣ судныя дѣла, производящіяся въ консисторіяхъ, могутъ быть подаваемы апелляціи и частныя жалобы въ генеральную консисторію (ст. 569 п. 1) [4]. Духовныя дѣла священнослужителей и церковныхъ причетниковъ бѣлаго и монашествующаго духовенства армяно-грегоріанской церкви, не подсудныя свѣтскимъ судамъ, подлежатъ разсмотрѣнію и рѣшенію духовныхъ мѣстъ сей церкви, т. е. епархіальныхъ консисторій и Эчміадзинскаго армяно-грегоріанскаго синода (ст. 1113, 1142, 1188); караимскіе духовные въ дѣлахъ, относящихся къ нарушеніямъ обязанностей ихъ званія, подлежатъ суду гахама и керченскаго духовнаго правленія (ст. 1279); раввины, кромѣ отвѣтственности въ общесудебномъ порядкѣ, подвергаются отвѣтственности и по постановленіямъ раввинскаго суда (ст. 1334, 1335); чины магометанскаго духовенства за нарушеніе обязанностей ихъ званія подлежатъ суду и отвѣтственности предъ своимъ духовнымъ начальствомъ (ст. 1350, 1384, 1424, 1479, и сл., 1594 и сл.); ламаитскія духовныя лица судятся ламою (ст. 168—1692).

19. Наиболѣе трудно разграничаемыми отъ области уголовно-наказуемыхъ дѣяній являются дисциплинарныя нарушенія служащихъ [5]. Трудность эта обусловливается не

---

[1]) Монастыри католическіе управляются по ихъ правиламъ и уставамъ (ст. 84, 197), причемъ дисциплинарная власть принадлежитъ настоятелю или суперіору; при этомъ однако, по ст. 87, употреблять тѣлесныя наказанія воспрещается.

[2]) Статья 503 говоритъ еще объ отрѣшеніи отъ мѣста, но повидимому подъ этимъ взысканіемъ нужно понимать отрѣшеніе отъ должности; сверхъ того уставъ знаетъ временное удаленіе отъ должности (suspension), но которое не считается наказаніемъ, а только необходимою мѣрою предосторожности, и примѣняется въ случаяхъ, статьею 491 указанныхъ. Что касается временнаго или пожизненнаго удаленія отъ должности духовныхъ лицъ, о которомъ говоритъ 7 п. ст. 33 уголовнаго уложенія, то по характеру своему оно соотвѣтствуетъ отрѣшенію отъ должности.

[3]) Хотя ст. 504 въ заключеніе говоритъ о тѣхъ случаяхъ, когда проповѣдникъ обвиняется *въ какомъ либо*, не означенномъ въ предшедшихъ статьяхъ нарушеніи своихъ обязанностей по должности, чѣмъ обращается весь предшествующій перечень въ примѣрный.

[4]) О нѣкоторыхъ особыхъ постановленіяхъ, касающихся евангелическо-реформатскихъ общинъ, см. ст. 991, 992—1032 устава.

[5]) Heffter, Ueber Verbrechen und Disciplinarvergehen der Staats und Kirchendiener, Archiv 1832 г., стр. 46—87, 155—194; 1853 г. стр. 422—442; Wahlberg in Holtzendorf's Handbuch, Die Strafmittel, § 28; Meves, ibid, Die Disciplinarstrafgewalt; Kannogiesser, Das Recht der Reichsbeamten, 1874 г.; Hecker, Ueber die Grenzen des Criminal und Disciplinar-Strafrechts bei Pflichtverletzungen der

только тѣмъ, что высшія изъ взысканій, налагаемыхъ за дисциплинарныя провинности служащихъ, сходны со взысканіями, налагаемыми въ порядкѣ уголовномъ, какъ, напр., арестъ, денежныя взысканія, но и потому, что эти взысканія налагаются не особыми автономными органами, но органами той же государственной власти, нерѣдко именно тѣми, которыя участвуютъ и въ судебныхъ разбирательствахъ; такимъ является, напр., Правительствующій Сенатъ, какъ высшее дисциплинарное судилище для чиновъ судебнаго вѣдомства, судебныя палаты по отношенію къ дисциплинарнымъ нарушеніямъ присяжныхъ повѣренныхъ и т. п. Но главная трудность разграниченія состоитъ въ томъ, что основной принципъ, на которомъ покоится современное понятіе о службѣ—ненарушимость служебнаго долга, составляя содержаніе главнѣйшей части дисциплинарныхъ нарушеній по службѣ, составляетъ и отличительный признакъ спеціальной группы преступныхъ дѣяній по службѣ.

Понятіе о служебной дисциплинѣ и ея нарушеніяхъ стоитъ въ непосредственной зависимости отъ самаго воззрѣнія на сущность государственной службы.

Государственная служба представляетъ своеобразныя отношенія служащихъ къ государству. Характеръ этихъ отношеній существенно измѣняется въ исторіи, сообразно съ измѣненіями государственнаго строя, а посему столь же различными являются и воззрѣнія на юридическую сущность этихъ отношеній.

Такъ, въ древней Руси, отношеніе помощниковъ князя, исполнителей его воли, къ самому князю было построено на началѣ личнаго порученія, имѣвшаго характеръ договора. Древняя Русь не знала служебной повинности; княжеская дружина составлялась изъ лицъ, добровольно поступавшихъ на службу и остававшихся на ней, пока имъ было угодно. Увольненіе отъ службы, отъѣздъ къ другому князю были ея полнымъ правомъ, признававшимся и договорными грамотами. «А боярамъ и дѣтямъ боярскимъ и слугамъ межи насъ вольнымъ воля», такова извѣстная формула договорныхъ княжескихъ грамотъ.

Съ объединеніемъ удѣльныхъ княжествъ подъ властью Московскаго князя измѣняется и судьба служилаго сословія. Уничтоженіе права отъѣзда и помѣстная система закрѣпляютъ старую дружину. Служба становится повинностью, отбываемою на государя и государство. Русская Правда вовсе не знаетъ служебныхъ проступковъ; судебники выдвигаютъ на первый планъ точное и безкорыстное исполненіе служащими ихъ обязанностей. Вмѣстѣ съ тѣмъ отдѣляется непосредственное управленіе власти верховной отъ подчиненнаго управленія, дѣйствующаго на началѣ приказа, властнаго порученія вѣдать извѣстныя дѣла или извѣстную мѣстность, на началѣ, преобразовавшемся мало по малу, съ Петра Великаго, въ организованную систему должностей.

Но и при Петрѣ Великомъ принципъ службы, какъ государственной повинности, не только не ослабѣваетъ, но получаетъ еще бо́льшее развитіе, и только при его преемникахъ и въ особенности при Екатеринѣ II принципъ повинности ограничивается, уступая мѣсто новой смѣшанной формѣ—государственной службѣ въ тѣсномъ значеніи этого слова.

Въ теоріи государственнаго права наиболѣе старое воззрѣніе на сущность государственной службы выразилось въ приравненіи ея къ службѣ частной, въ опредѣленіи службы, какъ особаго договора между государственною властью и нанимающимися служащими. Но несомнѣнно, что государственная служба разнствуетъ отъ частной не только различіемъ рода услугъ, но и различіемъ самой сущности возникающихъ отношеній, условій вступленія на службу, а еще болѣе условій оставленія таковой. Государство, какъ владѣлецъ недвижимостей и движимостей, какъ хозяинъ и предприниматель, можетъ вступить въ договорныя отношенія съ гражданами, но въ этихъ случаяхъ правительство, собственно говоря, дѣйствуетъ не въ качествѣ государственной власти, а въ качествѣ частнаго контрагента, вслѣдствіе чего и отношенія между нимъ и другою стороною опредѣляются не закономъ,

---

Civil-Beamten und Militärpersonen, G. 1880 г., № 7; Laband, Das Staatsrecht des deutschen Reichs, 1895, I, стр. 439 и сл.; Laber, Das Disciplinargewalt des Staates über seine Beamten; E. Hirt's Annalen des deutschen Reichs, 1889, стр. 251 и сл.; Н. Нелидовъ, Общія юридическія и политическія основанія государственной службы во Временникѣ Демидовскаго лицея за 1874 г.; Н. Куплевасскій, Государственная служба въ теоріи и въ дѣйствующемъ правѣ Англіи, Франціи, Германіи и Цислейтанской Австріи, 1888 г.; Н. Коркуновъ, тридцать пятая глава проекта уголовнаго уложенія, ж. м. ю 1896 № 3 и 4.

а силою заключеннаго между ними контракта: лицо, вступившее въ таковое отношеніе, остается, собственно говоря, однимъ изъ контрагентовъ, а не становится состоящимъ на государственной службѣ, а посему и за учиненныя имъ нарушенія договора должно отвѣчать или въ порядкѣ гражданской отвѣтственности, или, при наличности надлежащихъ условій, въ общемъ порядкѣ за общія уголовныя преступленія, а не за спеціально служебныя. Если и встрѣчаются, напр., у насъ по Министерству Финансовъ, такія отрасли казеннаго хозяйства, которыя хотя осуществляются на началѣ договора личнаго найма, но нанявшіеся тѣмъ не менѣе иногда разсматриваются какъ служащіе (при казенной продажѣ вина, состоящіе на государственной службѣ служащіе казенныхъ желѣзныхъ дорогъ, и т. п.), то такая постановка представляется и теоретически и практически едва-ли правильною. Понятно, что не только центральное, но и мѣстныя акцизныя управленія, управленія заводами, желѣзными дорогами и т. п. должны составлять особую отрасль управленія, имѣть права и обязанности органовъ власти, но этотъ служилый характеръ нельзя же распространять на рабочихъ, сидѣльцевъ и т. п. [1]) Если рабочаго на сталелитейномъ заводѣ, растратившаго часть ввѣреннаго ему матеріала, привлекаютъ къ отвѣтственности за обыкновенную растрату, то почему «винную барышню», растратившую свою кассу, мы будемъ наказывать за служебную растрату и судить съ сословными представителями: нельзя же видѣть въ ней органъ управленія подчиненнаго? Въ чемъ выразитъ она превышеніе или бездѣйствіе власти?

Поэтому еще съ начала нынѣшняго столѣтія, начиная съ Gönner'a, [2]) теорія договора уступила мѣсто построенію понятія государственной службы на началѣ общей подданнической обязанности, съ одной стороны, и идеи государственной властности съ другой, началу, опредѣляющему службу не какъ двусторонній договоръ, а какъ одностороннее требованіе услуги и опредѣленіе въ службу. Эта теорія, особенно развитая Гефтеромъ, если и ближе выражаетъ сущность государственной службы въ порядкѣ управленія подчиненнаго, но въ полномъ ея объемѣ примѣняется далеко не ко всѣмъ родамъ службы. И нынѣ мы встрѣчаемъ во всѣхъ государствахъ цѣлыя группы дѣятельности въ интересахъ государства или и участіе въ управленіи, построенныя на началѣ повинности, какъ, напр., воинская служба, участіе въ судѣ въ качествѣ присяжныхъ засѣдателей, отбываніе нѣкоторыхъ общественныхъ и сословныхъ должностей, но это начало несомнѣнно непримѣнимо къ большей части служебныхъ отношеній. Хотя во всѣхъ современныхъ государствахъ относительно прекращенія государственной службы принято выраженное въ 791 ст. т. III уст. о служб. правило, что никто не можетъ оставить самовольно своего мѣста или прекратить исполненіе обязанностей, со службою его сопряженныхъ, прежде, нежели будетъ объявлено ему отъ оной увольненіе, время же сего увольненія или освобожденія отъ повинности зависитъ исключительно отъ государства; хотя нѣтъ сомнѣнія, что государство отказало бы въ прошеніяхъ объ отставкѣ военнымъ врачамъ, какъ скоро число такихъ отставокъ угрожаетъ санитарнымъ интересамъ долженствующей выступить или выступившей въ походъ арміи; отказало бы дать отставку чинамъ полиціи во время эпидеміи или иного народнаго бѣдствія или даже и при обыкновенныхъ условіяхъ жизни, какъ скоро число просящихъ объ увольненіи отъ службы было бы столь значительно, что невозможность немедленнаго замѣщенія ихъ другими угрожала бы, напр., столицѣ, губерніи или области прекращеніемъ правильнаго государственнаго управленія; но тѣмъ не менѣе вступленіе во всѣ эти роды государственной дѣятельности опредѣляется не одностороннимъ требованіемъ государственной власти — назначеніемъ на службу, а и желаніемъ поступающаго, является не зачисленіемъ, а принятіемъ или опредѣленіемъ на таковую.

Такимъ образомъ, въ службѣ государственной въ тѣсномъ смыслѣ, не относя сюда хозяйственно наемную дѣятельность, нужно различать два вида: исполненіе обязанностей въ порядкѣ управленія, основанное на началѣ государственной повинности, и исполненіе таковыхъ, основанное на началѣ добровольнаго вступленія въ службу, и, въ силу сего,

---

[1]) На основаніи ст. 52 зак. 9 Янв. 1895 г., служащіе по вольному найму по казенной продажѣ питей за преступленія и проступки по службѣ подвергаются отвѣтственности порядкомъ и на основаніяхъ, установленныхъ для лицъ, состоящихъ на государственной службѣ.

[2]) Gönner, Der Staatsdienst aus dem Gesichtspunkte des Rechts und Nationaloekonomie betrachtet. 1805.

добровольнаго подчиненія всѣмъ требованіямъ государственной власти, предъявляемымъ къ такой дѣятельности въ порядкѣ управленія. Оба эти вида службы, съ момента дѣйствительнаго вступленія на таковую, сливаются другъ съ другомъ, такъ какъ оба они предполагаютъ, какъ замѣчаетъ Лабандъ, уполномочіе государственной власти на таковую дѣятельность, предполагаютъ равную защиту отъ преступныхъ посягательствъ на ихъ дѣятельность въ порядкѣ управленія, равную обязанность служебнаго подчиненія законнымъ требованіямъ установленныхъ въ порядкѣ служебной іерархіи властей; одинаковую отвѣтственность за незакономѣрное осуществленіе власти и, слѣдовательно, одинаковую примѣнимость къ нимъ уголовно-карательныхъ постановленій объ отвѣтственности за преступныя дѣянія по службѣ; но вмѣстѣ съ тѣмъ указанное различіе условій принятія на себя служебныхъ обязанностей имѣетъ значеніе не только для теоретическаго выясненія сущности этихъ отношеній, но оно важно и съ практической стороны, напр., по вопросу объ отвѣтственности за служебныя провинности.

Если бы служба составляла болѣе или менѣе тяжкую повинность, а освобожденіе отъ нея считалось бы актомъ Монаршаго милосердія, то было бы явно нецѣлесообразно вводить въ число дисциплинарныхъ мѣръ такія, какъ увольненіе или отрѣшеніе отъ должности или исключеніе изъ службы, ибо чѣмъ выше или строже была бы степень примѣненнаго къ служащему подобнаго взысканія, тѣмъ большею привилегіею было бы оно для виновнаго. Наоборотъ, если поступленіе на службу является своего рода особеннымъ правомъ, если смотрѣть на службу, какъ на средство обезпеченія матеріальнаго существованія и даже какъ на насущный кусокъ хлѣба, то подобныя карательныя мѣры не только могутъ быть разсматриваемы, какъ лишеніе весьма цѣннаго блага политическаго и матеріальнаго, но и должны быть примѣняемы, въ виду ихъ крайней тяжести, съ особою осмотрительностью, дабы не отягчить участь виновнаго свыше мѣры содѣяннаго. Наконецъ, если смотрѣть на государственную службу, какъ на общественное благо, а на неуклонное и закономѣрное ея исполненіе, какъ на долгъ чести, какъ смотритъ, напр., нашъ уставъ о службѣ, провозгласивъ въ ст. 707, что «лѣность, нерадѣніе и неприлежность къ поручаемому дѣлу да почитутся наивящшимъ для служащаго стыдомъ, упущеніе же должности и нерадѣніе по части блага общаго, имъ ввѣреннаго—главнѣйшимъ поношеніемъ», то несомнѣнно, что не одно лишеніе мѣста или временное или безсрочное исключеніе изъ службы, но даже простыя замѣчанія или выговоры будутъ имѣть для служащаго весьма чувствительное репрессивное значеніе.

Такимъ образомъ, если закономѣрное исполненіе возложенныхъ на служащихъ обязанностей, неуклонное осуществленіе служебнаго долга составляетъ сущность службы, то нарушеніе этого долга будетъ составлять характеристическій признакъ всякой неправомѣрной дѣятельности служащаго, будетъ ли оно заключаться въ злонамѣренномъ злоупотребленіи служебными полномочіями, въ злонамѣренномъ неисполненіи прямой обязанности по службѣ или же въ недостаткѣ служебной рачительности, внимательности къ требованіямъ службы, сдѣлавшемъ дѣятельность нецѣлесообразною или даже сопровождающеюся вредомъ для служебныхъ интересовъ, а потому очевидно, что различіе между уголовно-наказуемыми дѣяніями по службѣ и между нарушеніями, затрогивающими интересы дисциплины, не можетъ служить основаніемъ принципіальнаго различія неправдъ [1]) уголовно-наказуемой и дисциплинарной и притомъ, какъ съ субъективной, такъ и съ объективной стороны [2]). Но даже и для видоваго ихъ различія, наличность нарушенія служебнаго долга или злоупотребленія имъ, нарушенія порядка и условій службы свидѣтельствуетъ, что учинившій долженъ подвергнуться отвѣтственности, но она сама по себѣ еще не указываетъ, можно ли ограничиться при подобномъ нарушеніи однѣми дисциплинарными мѣрами взысканія, имѣющими цѣлью охраненіе дисциплины и неопороченность службы, или же одними уголовными нака-

---

[1]) Ср. противоположное мнѣніе большинства петерб. юридич. общества въ объяс. зап. т. VIII, стр. 50; подробный обзоръ принципіальнаго выдѣленія дисциплинарной неправды сдѣланъ у Коркунова, в. с.

[2]) Объективное различіе служебныхъ преступныхъ дѣяній и служебныхъ провинностей находитъ однако защитниковъ не только между государствовѣдами, но и между криминалистами—Гарро, Гельшнеръ, Оппенгеймъ. Ср. изложеніе ихъ у Коркунова, в. с.

заніями, или же, наконецъ, требуетъ совмѣстно назначенія и уголовныхъ и дисциплинарныхъ мѣръ взысканія.

Въ этихъ случаяхъ границы уголовно-наказуемой и дисциплинарной неправдъ могутъ быть установляемы лишь по соображенію свойства и значенія отдѣльныхъ видовъ неправомѣрной или нецѣлесообразной служебной дѣятельности и даже общихъ условій государственной службы и государственнаго строя. Такимъ образомъ, какъ говоритъ объяснительная записка къ уголовному уложенію, «всякая формально или матеріально незакономѣрная дѣятельность по службѣ, не предусмотрѣнная особо уголовнымъ уложеніемъ, должна быть разсматриваема, какъ служебная провинность», такъ что область уголовно-наказуемыхъ преступныхъ дѣяній по службѣ должна быть особо установлена закономъ [1]).

Но областью служебныхъ провинностей въ тѣсномъ смыслѣ не исчерпываются всѣ виды проявленія дисциплинарной власти государства по отношенію къ служащимъ. Служащіе не только извѣстнаго вѣдомства, но и въ ихъ совокупности, благодаря общности ихъ дѣятельности, образуютъ нѣчто цѣльное, корпоративное. Эта принадлежность къ корпораціи, снабженной отъ государства извѣстными привилегіями, а потому и налагающая на ея членовъ обязанность поддержанія достоинства власти на надлежащей нравственной высотѣ, вызываетъ отвѣтственность за неприличные званію служащаго поступки, и, какъ указываетъ ст. 705 уст. о службѣ, общія качества каждаго лица, состоящаго въ гражданской службѣ, и общія обязанности, которыя должны быть всегда зерцаломъ всѣхъ его поступковъ, должны быть: здравый разсудокъ; добрая воля въ отправленіи порученнаго; человѣколюбіе; вѣрность къ службѣ Его Императорскому Величеству; усердіе къ общему добру; радѣніе о должности; честность, безкорыстіе и воздержаніе отъ взятокъ; правый и равный судъ всякому состоянію и покровительство невинному и скорбящему, а ст. 716 добавляетъ, что начальники должны имѣть надзоръ и надъ поведеніемъ и обхожденіемъ своихъ подчиненныхъ и побуждать ихъ къ добродѣтелямъ и похвальному любочестію, удерживая отъ безбожнаго житія и пьянства, лжи и обмановъ, причемъ взысканіе за сіи несоотвѣтственные служебному достоинству поступки можетъ доходить и до удаленія отъ должности въ особо для того установленномъ порядкѣ [2]).

Въ нашемъ правѣ постановленія о дисциплинарныхъ взысканіяхъ надъ служащими являлись до послѣдняго времени въ крайне неопредѣленномъ видѣ, такъ какъ законъ не только нигдѣ не давалъ указаній на границы дисциплинарныхъ провинностей въ порядкѣ службы отъ уголовнаго злоупотребленія правами и обязанностями службы, но въ уложеніи о наказ. совершенно перемѣшивалъ ихъ между собою [3]).

Въ примѣчаніи къ ст. 69 уложенія говорилось, что замѣчанія и выговоры безъ внесенія въ формуляръ могутъ быть назначаемы не только судомъ, но и непосредственнымъ начальникомъ виновнаго; а по распоряженіямъ начальства, отъ котораго зависитъ назначеніе обвиняемаго къ должности, могутъ быть въ томъ же порядкѣ примѣняемы и вычеты изъ жалованья, перемѣщеніе съ высшей должности на низшую, удаленіе отъ должности и арестъ до 7 дней, такъ что къ дисциплинарнымъ взысканіямъ не относятся только тягчайшія изъ перечисленныхъ въ ст. 69.

Въ уставѣ же уголовнаго судопроизводства въ 1 и 2 п. ст. 1066 (по изд. 1883 г.)

---

[1]) Этимъ объясняется мнѣніе Георга Мейера, высказанное въ его учебникѣ нѣмецкаго государственнаго права 1895 г. и приведенное у Коркунова на стр. 553, о томъ, что отличіе дисциплинарныхъ проступковъ служащихъ отъ служебныхъ преступленій состоитъ только въ томъ, что они вѣдаются не уголовными судами, а дисциплинарнымъ вѣдомствомъ.

[2]) Этотъ двойственный характеръ указанъ въ мотивахъ къ германскому дисциплинарному закону (Reichsbeamtengesetz, отъ 31 Мая 1873 г.). Между дисциплинарными мѣрами этотъ уставъ различаетъ: исправляющія (corrective Disciplin), т. е. могущія устранить нарушенія въ будущемъ, и очищающія (epurirende Disciplin), т. е. удаляющія изъ чиновничества негодные элементы. Допустимыми взысканіями признаются: Ordnungsstrafen (предостереженія, денежныя взысканія) и удаленіе отъ должности (съ пенсіею или безъ оной). Эти взысканія должны поражать во всякомъ случаѣ виновнаго какъ чиновника, а не какъ гражданина (Kannegiesser, Reichsbeamtengesetz, стр. 156).

[3]) См. изложеніе дисциплинарной отвѣтственности служащихъ по нашему праву у А. Градовскаго, Начала русскаго государственнаго права, II, стр. 109; Н. Коркуновъ, стр. 579 и сл.

было прибавлено, что указанныя выше взысканія назначаются *исключительно* дисциплинарною властью, а прочія затѣмъ наказанія по службѣ—не иначе, какъ по суду [1]).

Согласно съ этимъ позднѣйшимъ закономъ, всѣ разнообразные служебные проступки, указанные въ раздѣлѣ пятомъ уложенія 1845 г., за которые назначалось одно изъ перечисленныхъ выше взысканій, вѣдались только въ дисциплинарномъ порядкѣ; всѣ же нарушенія, за которыя назначались хотя и особенныя наказанія, но однако выходящія за предѣлы дисциплинарной власти, налагались общими судебными мѣстами. При этомъ, какъ разъяснила наша практика (рѣш. Прав. Сената 1883 г., № 24, по общ. собр. и др.) [2]), если за какое либо дѣяніе по закону было назначено кромѣ наказаній, налагаемыхъ въ порядкѣ дисциплинарномъ, и наказаніе, налагаемое по суду, и притомъ примѣнимое къ виновному по роду его службы, то виновный могъ быть привлеченъ къ отвѣтственности только въ порядкѣ судебномъ. Равнымъ образомъ, если должностное лицо обвинялось въ нѣсколькихъ преступныхъ дѣяніяхъ, изъ которыхъ нѣкоторыя подлежали взысканію въ порядкѣ дисциплинарномъ, то всѣ его дѣйствія, по правиламъ о совокупности, разсматривались въ судѣ.

Но не отдѣляя дисциплинарныхъ нарушеній отъ уголовныхъ преступленій служащихъ, уложеніе 1845 г. пыталось очертить точно не только вторую, но и первую группу; въ массѣ статей, касающихся общихъ и спеціальныхъ проступковъ служащихъ, составители уложенія предполагали обнять всѣ возможные случаи нарушенія служебнаго долга и служебной дисциплины; а потому начальство могло наложить взысканіе, до простого выговора или замѣчанія включительно, только въ случаяхъ, особо указанныхъ закономъ; удаленіе отъ службы не только неспособныхъ, но и порочнаго поведенія, не совершившихъ, однако, ни одного изъ указанныхъ въ уложеніи о наказаніяхъ дѣяній, не допускалось.

Практика однако скоро разошлась съ закономъ; увольненіе отъ службы безъ суда продолжало существовать попрежнему, вызывая нерѣдко жалобы уволенныхъ въ первое отдѣленіе Собственной Его Величества Канцеляріи, вслѣдствіе чего въ 1850 г. управлявшій этимъ отдѣленіемъ статсъ-секретарь Танѣевъ вошелъ въ комитетъ министровъ съ представленіемъ, чтобы лица, по неблагонадежности ихъ заслуживающія исключенія изъ службы, не были безъ суда отставляемы отъ должностей, и только отрѣшались отъ нихъ на время суда. Комитетъ однако не согласился съ этимъ предположеніемъ, а принялъ выработанныя графомъ Блудовымъ правила объ увольненіи чиновниковъ и безъ суда, вошедшія въ уставъ о службѣ гражданской.

Уставъ о службѣ гражданской говоритъ объ отвѣтственности служащихъ въ самыхъ общихъ выраженіяхъ, прибавляя, однако (ст. 788 и 838 п. 3), что «чиновниковъ, кои, по убѣжденію начальства, неспособны къ исправленію возложенныхъ на нихъ должностей, или почему-либо неблагонадежны, или сдѣлали вину, извѣстную начальству, но такую, которая не можетъ быть доказана фактами, предоставляется начальникамъ, отъ коихъ зависитъ ихъ увольненіе, увольнять по своему усмотрѣнію и безъ просьбы ихъ». Такое право увольненія по такъ называемому 3-му пункту принадлежитъ начальству безъ всякаго контроля, потому что удаленные не могутъ жаловаться на такое распоряженіе и всѣ ихъ жалобы и просьбы по этому предмету должны быть оставляемы безъ всякаго дѣйствія и движенія. Законъ только рекомендуетъ начальникамъ приступать къ такому увольненію чиновниковъ «съ достаточною осмотрительностью, не допуская ни пристрастія, ни личности».

Комитетъ министровъ при этомъ предполагалъ, что такой порядокъ увольненія, въ отличіе увольненія по суду, не долженъ препятствовать уволенному въ поступленіи вновь на службу, почему въ проектѣ и говорилось, что такой то увольняется безъ указанія причинъ увольненія, но, какъ извѣстно, цѣль комитета не была достигнута, а наоборотъ эта формула увольненія сдѣлалась «волчьимъ паспортомъ» для чиновниковъ, лишая ихъ возможности поступленія на службу и создавая страшный произволъ начальства.

Въ уголовномъ уложеніи послѣдняя глава посвящена спеціальной группѣ преступныхъ дѣяній по службѣ, причемъ въ основу ихъ выдѣленія не положены: ни особенность субъекта, такъ какъ служащій можетъ быть субъектомъ и общихъ преступныхъ дѣяній, ни особен-

---

[1]) Въ примѣчаніяхъ къ ст. 1066 у. у. с. указаны различныя группы лицъ, отвѣчающихъ по спеціальнымъ дисциплинарнымъ правиламъ, какъ напр. чины С.-Петерб. полиціи.

[2]) Ср. практику Правител. Сената въ сборникѣ Тимофеевскаго и Кузнецова 1896 г.

ность тѣхъ правоохраненныхъ интересовъ, на которые посягаетъ виновный, такъ какъ въ этой же группѣ заключаются и нѣкоторыя посягательства на интересы, охраняемые другими отдѣлами уложенія, напр., на свободу, имущество, ни наконецъ особенность способа учиненія посягательствъ, такъ какъ, напр., въ тѣхъ дѣяніяхъ, въ которыхъ законъ не придаетъ значенія способу дѣйствія, и эти особенности значенія имѣть не могутъ. Основаніемъ такого выдѣленія и въ то же время связующимъ элементомъ всей этой группы преступныхъ дѣяній является присущее всѣмъ имъ нарушеніе служебнаго долга, неисполненіе обязанностей, на служащихъ возложенныхъ.

Но какъ было уже указано, то же начало нарушенія долга, правъ и обязанностей служащихъ составляетъ существенный признакъ и первой важнѣйшей группы дисциплинарныхъ провинностей. Поэтому, коммисія по составленію уголовнаго уложенія, выдѣляя, согласно Высочайшему повелѣнію объ образованіи этой коммисіи, изъ него всѣ постановленія о служебныхъ провинностяхъ, также признала начало лишь количественнаго, а не принципіальнаго ихъ различенія.

Проектъ дисциплинарнаго устава былъ изготовленъ редакціонною коммисіею вслѣдъ за окончаніемъ работъ по составленію проекта уложенія[1]), разосланъ на заключеніе вѣдомствъ, а затѣмъ по разсмотрѣніи этихъ замѣчаній въ министерствѣ юстиціи, при участіи членовъ редакціонной коммисіи, внесенъ въ Государственный Совѣтъ

По проекту устава о служебныхъ провинностяхъ, къ таковымъ отнесены дѣянія, предусмотрѣнныя въ третьей главѣ устава. Эта глава, составляющая обобщеніе постановленій уложенія о наказаніяхъ, заключаетъ въ себѣ статьи, перечисляющія дисциплинарныя нарушенія служащихъ, изъ которыхъ многія, какъ, напр., постановленія о превышеніи и бездѣйствіи, о медленности и нерадѣніи, охватываютъ весьма большое число провинностей, а затѣмъ, послѣдняя статья устанавливаетъ еще болѣе широкое положеніе, опредѣляя наказанія: 1) за нарушеніе порядка отправленія службы вообще, и 2) за непредусмотрѣнное симъ уставомъ неисполненіе или нарушеніе своихъ служебныхъ обязанностей, установленныхъ закономъ или обязательнымъ распоряженіемъ, или вытекающихъ изъ свойства службы, такъ что предшествующія указанія отдѣльныхъ случаевъ получаютъ характеръ особыхъ постановленій, выдѣляемыхъ изъ этой общей статьи.

Изъ западныхъ законодательствъ уставы общегерманскій и австрійскій не содержатъ вовсе опредѣленій, нормирующихъ отдѣльные виды служебныхъ провинностей, а ограничиваются общими предѣлами, что дисциплинарная отвѣтственность примѣняется къ упущеніямъ по службѣ, т. е. къ поступкамъ, несовмѣстнымъ съ достоинствомъ власти; сходная система принята нашимъ воинскимъ дисциплинарнымъ уставомъ, который говоритъ, что дисциплинарнымъ взысканіямъ подлежатъ всѣ вообще маловажные проступки, какъ по службѣ, такъ и по нарушенію общественнаго порядка и благочинія, не влекущіе за собою преданія суду, но за то въ воинскомъ уставѣ о наказаніяхъ содержится нѣсколько постановленій о дисциплинарныхъ провинностяхъ. На желательность такой обобщенной системы указывали нѣкоторыя вѣдомства въ ихъ замѣчаніяхъ на проектъ устава о служебныхъ провинностяхъ, напр., Министерство Финансовъ и отчасти Министерство Внутреннихъ Дѣлъ.

Къ взысканіямъ дисциплинарнымъ нашъ уставъ относитъ: замѣчаніе, выговоръ, денежная пеня, отъ 50 к. до 300 р., арестъ отъ 1 дня до 1 мѣсяца (для нѣкоторыхъ низшихъ категорій служащихъ) и удаленіе отъ должности съ воспрещеніемъ занимать таковую или и поступать вновь на службу или безъ таковыхъ послѣдствій. Этимъ взысканіямъ виновные подвергаются или по постановленіямъ ихъ непосредственнаго или высшаго начальства или по постановленіямъ дисциплинарныхъ присутствій, смотря по важности взысканій и по рангу, занимаемому виновнымъ въ служебной іерархіи. Но независимо отъ такихъ дисциплинарныхъ нарушеній служебнаго долга, глава шестая указываетъ на возможность дисциплинарнаго удаленія служащаго отъ должности въ случаѣ примѣненія къ нему, за общія преступныя дѣянія, наказанія, не влекущаго удаленія отъ должности; то же правило примѣняется и въ тѣхъ случаяхъ: 1) когда служащій под-

---

[1]) Первоначальный проектъ устава о служебныхъ провинностяхъ былъ составленъ въ 1897 г. барономъ Э. Ю. Нольде (часть процессуальная) и И. Г. Щегловитовымъ (часть матеріальная).

вергся личному задержанію за долги или объявленъ, въ установленномъ порядкѣ, несостоятельнымъ должникомъ, или же надъ нимъ учреждена опека за расточительность; 2) когда служащій дозволилъ себѣ внѣ службы такіе противные нравственности или предосудительные поступки, которые хотя и не предусмотрѣны ни уголовнымъ уложеніемъ, ни дисциплинарнымъ уставомъ, но, будучи не совмѣстны съ служебнымъ его достоинствомъ и получая огласку, лишаютъ совершившаго ихъ необходимыхъ для должностнаго лица довѣрія и уваженія, и 3) когда служащій обнаружилъ совершенную неспособность къ исполненію своихъ служебныхъ обязанностей.

Несравненно обстоятельнѣе была поставлена по судебнымъ уставамъ Императора Александра II-го дисциплинарная отвѣтственность чиновъ судебнаго вѣдомства [1]) (учр. суд. уст. ст. 261 и сл.). Когда, говорили основныя положенія 1862 г., тѣ самые органы государственной власти, которые установлены для охраненія силы законовъ и общественнаго порядка, подаютъ примѣръ беззаконія и непорядка, тогда возникаетъ неуваженіе къ властямъ и нравственная распущенность, при которыхъ государство колеблется въ самыхъ его основаніяхъ. Высокое значеніе отправленія правосудія въ жизни общественной, та роль, которую играли судьи въ обществѣ, заставили давно уже въ Западной Европѣ, а главнымъ образомъ во Франціи [2]), придать судебному персоналу особое, выдающееся положеніе, побудили разсматривать его, какъ самостоятельную корпорацію; но почетъ и привилегіи, принадлежавшіе этой «noblesse de robe», налагали на ея членовъ и особыя обязанности, вынуждали корпорацію зорко слѣдить за всякимъ пятномъ, которое могло оставить на ней поведеніе коголибо изъ ея членовъ. Такимъ образомъ, въ судейскомъ сословіи, къ дисциплинарнымъ проступкамъ относились не только нарушенія особыхъ обязанностей должности, но и дѣйствія, несоотвѣтствующія понятію о чести и достоинствѣ судейскаго сословія.

Эта послѣдняя корпоративная сторона дисциплинарной отвѣтственности судей имѣлась въ виду и составителями нашихъ уставовъ. «Въ каждомъ установленіи, говоритъ объяснительная записка 1863 г., правильная внутренняя дисциплина есть первое условіе хорошей организаціи онаго. Внутренняя дисциплина, побуждая всякаго исполнять въ точности свои обязанности, ни въ чемъ не отступать и не уклоняться отъ установленныхъ правилъ, служитъ вѣрнѣйшимъ залогомъ прочнаго порядка. Она слѣдитъ съ равнымъ вниманіемъ за всякою, даже самою малозначительною виною каждаго члена установленія, не собственно для того, чтобы преслѣдовать его и наказывать, а единственно для того, чтобы благовременнымъ взысканіемъ за малую вину не дать развиться наклонности къ пренебреженію обязанностями и черезъ то предупредить болѣе важныя упущенія и самыя преступленія». Но нельзя не прибавить, что только что приведенныя соображенія не были проведены въ законѣ съ надлежащею послѣдовательностью.

По учр. суд. уст. (ст. 262), на лицъ судебнаго вѣдомства налагаются всѣ чисто дисциплинарныя взысканія, указанныя въ прим. къ ст. 69 уложенія, за исключеніемъ удаленія отъ должности и съ прибавленіемъ еще одного, не упомянутаго въ уложеніи, а именно— предостереженія [3]). Съ введеніемъ дисциплинарнаго устава, конечно, и къ чинамъ судебнаго вѣдомства, за исключеніемъ судей, будутъ примѣняться взысканія, этимъ уставомъ опредѣленныя.

Судьи, въ порядкѣ дисциплинарной отвѣтственности по ст. 264, подлежатъ только предостереженіямъ и по зак. 1885 г. вычету изъ жалованья, причемъ этимъ взысканіямъ они подвергаются за тѣ проступки по службѣ, за которые опредѣлены таковыя по уставу дисциплинарному; но и эти взысканія налагаются на нихъ не иначе, какъ по разсмотрѣніи дѣла подлежащимъ дисциплинарнымъ судомъ, по правиламъ ст. 270—290 учр. суд. уст.

---

[1]) Бардскій, Объ отвѣтственности должностныхъ лицъ судебнаго вѣдомства, 1884 г.; Фойницкій, курсъ, I, § 83.

[2]) Ср. A. Morin, De la discipline des cours et tribunaux, du barreau et de corporations d'officiers publics 1868 г.; обстоятельная статья по этому вопросу помѣщена также у Dalloz въ Jurisprudence générale, т. XV, «Discipline judiciaire».

[3]) Предостереженіе, какъ указывали составители судебныхъ уставовъ, не составляетъ собственно взысканія. Это самая легкая дисциплинарная мѣра, состоящая лишь въ поставленіи на видъ должностному лицу, что его неисправность сдѣлалась извѣстною начальству, и какъ бы въ совѣтѣ воздержаться отъ подобныхъ упущеній.

Кромѣ того, кассаціоннымъ департаментамъ Правительствующаго Сената предоставлено право (ст. 265 учр. суд. уст.) дѣлать предостереженіе или замѣчаніе какому либо судебному мѣсту, въ цѣломъ его составѣ, или въ составѣ присутствія, причемъ, какъ разъяснилъ Сенатъ, въ рѣшеніи 1872 г., № 81, по общ. собр., эти взысканія стоятъ внѣ дисциплинарнаго порядка производства и отличаются отъ взысканій дисциплинарныхъ по своему характеру, такъ какъ они налагаются не на отдѣльныя личности, а на цѣлый составъ суда или присутствія въ совокупности, почему они и не влекутъ тѣхъ послѣдствій, которыя по закону сопряжены съ отвѣтственностью дисциплинарною.

По измѣненной редакціи судебныхъ учрежденій это право предположено расширить тѣмъ, что оно распространено на общія собранія и соединенныя присутствія, причемъ предоставлено на томъ же основаніи дѣлать предостереженія или замѣчанія отдѣльнымъ членамъ присутствія и единоличнымъ судьямъ. Но съ другой стороны, это право существенно ограничено тѣмъ, что подобная мѣра можетъ послѣдовать не иначе, какъ по обсужденіи ея необходимости въ распорядительномъ засѣданіи подъ предсѣдательствомъ первоприсутствующаго.

Всѣ постановленія уставовъ 1864 г. относились къ отвѣтственности чиновъ судебнаго вѣдомства за допущенныя ими нарушенія ихъ служебныхъ обязанностей; но уставы оставили почти не затронутымъ вопросъ о дисциплинарной отвѣтственности судей за дѣйствія, несоотвѣтствующія понятію о чести и достоинствѣ судейскаго сословія. Этотъ пробѣлъ былъ пополненъ закономъ 20 Мая 1885 г., который (ст. 295[2] учр. суд. уст.) постановилъ, что если Министромъ Юстиціи будетъ усмотрѣно: 1) что судья совершилъ такія служебныя упущенія, которыя хотя и не влекутъ удаленія его отъ должности по суду, но, по своему значенію или многократности, свидѣтельствуютъ о несоотвѣтственности виновнаго въ нихъ судьи занимаемому имъ положенію, или о явномъ съ его стороны пренебреженіи къ своимъ обязанностямъ; или 2) что судья дозволилъ себѣ, внѣ службы, такіе противные нравственности или предосудительные поступки, которые хотя и не имѣли послѣдствіемъ привлеченіе его къ уголовной отвѣтственности, но, будучи несовмѣстны съ достоинствомъ судейскаго званія и получивъ огласку, лишаютъ совершившаго ихъ судью необходимыхъ для сего званія довѣрія и уваженія; или же 3) что судья, поставивъ себя, образомъ своихъ дѣйствій въ мѣстѣ служенія, въ такое положеніе, которое подаетъ основательный поводъ сомнѣваться въ дальнѣйшемъ спокойномъ и безпристрастномъ исполненіи имъ своихъ обязанностей, тѣмъ не менѣе уклоняется отъ перевода въ другую мѣстность на равную должность,—то обстоятельства эти Министръ Юстиціи передаетъ на обсужденіе высшаго дисциплинарнаго присутствія Правительствующаго Сената, которое, истребовавъ отъ судьи объясненіе, можетъ постановить, въ первыхъ двухъ случаяхъ—объ увольненіи его отъ должности, а въ послѣднемъ—о перемѣщеніи его въ другую мѣстность на равную судейскую должность. Равнымъ образомъ, увольненіе отъ службы можетъ, по опредѣленію дисциплинарнаго присутствія, послѣдовать по отношенію къ судьямъ, подвергшимся за общія преступленія наказаніямъ, не влекущимъ удаленія отъ должности, или объявленнымъ несостоятельными должниками или подвергшимся задержанію за долги. Независимо отъ сего, судебное мѣсто, обнаружившее неправильное дѣйствіе, безпорядки или злоупотребленіе подвѣдомственнаго ему установленія или должностнаго лица, можетъ разъяснить виновному, въ чемъ именно состояли неправильность или упущенія: старшій предсѣдатель судебной палаты можетъ дѣлать напоминанія и указанія чинамъ окружнаго суда, допустившимъ упущенія или отступленія отъ законнаго порядка, а Министръ Юстиціи—такія напоминанія и всѣмъ чинамъ судебнаго вѣдомства.

Всѣ вышеизложенныя правила одинаково относятся какъ къ общимъ, такъ и къ мировымъ судебнымъ установленіямъ, какъ къ судьямъ, назначеннымъ отъ правительства, такъ и къ выборнымъ, а равно и къ старшимъ нотаріусамъ и ихъ помощникамъ, а по отношенію къ удаленію отъ должности—и къ младшимъ нотаріусамъ. Нотаріусы, сверхъ того (ст. 59[1] полож. о нотаріальной части), за упущенія или дѣйствія по службѣ, которыя свидѣтельствуютъ о несоотвѣтствіи ихъ занимаемому ими положенію или пренебреженію къ своимъ обязанностямъ, а также въ случаѣ несовмѣстнаго съ достоинствомъ ихъ званія предосудительнаго или противнаго нравственности образа дѣйствій внѣ службы, могутъ быть увольняемы отъ должности старшимъ предсѣдателемъ палаты, на основаніи заключенія окружнаго суда.

На всѣхъ другихъ лицъ судебнаго вѣдомства, по судебнымъ уставамъ, дисциплинарныя взысканія налагаются какъ за проступки, указанные въ уложеніи, такъ и въ случаяхъ, особо опредѣленныхъ въ уставахъ (ст. 263 учр. суд. уст.), и притомъ или властью начальства виновныхъ, или въ порядкѣ дисциплинарнаго суда [1]).

Но эти положенія не распространяются на вновь созданные закономъ 12 Іюля 1889 г. судебно-административные органы, въ лицѣ земскихъ участковыхъ начальниковъ.

Земскіе начальники (ст. 136) въ порядкѣ дисциплинарномъ могутъ быть подвергаемы: 1) замѣчаніямъ или выговорамъ безъ внесенія въ послужной списокъ и временному устраненію отъ должности по опредѣленію губернскаго присутствія, и 2) увольненію отъ должности—по распоряженію Министра Внутреннихъ Дѣлъ, основанному на представленіи губернскаго присутствія. Губернское присутствіе можетъ входить съ представленіемъ объ увольненіи земскаго начальника (ст. 139) между прочимъ и за совершеніе имъ, внѣ службы, проступка, противнаго нравственности или предосудительнаго, лишающаго его довѣрія и уваженія.

Отдѣльно по судебнымъ уставамъ поставлена дисциплинарная власть надъ присяжными повѣренными, принадлежащая или судебнымъ учрежденіямъ, или совѣту присяжныхъ повѣренныхъ (368 ст. учр. суд. уст.) [2]). Члены адвокатуры, за нарушеніе принятыхъ ими на себя обязанностей, а равно и за поступки, несоотвѣтствующіе ихъ званію [3]), могутъ быть подвергаемы: предостереженіямъ, выговорамъ, запрещенію отправленія обязанностей на срокъ не свыше года и исключенію изъ корпораціи, причемъ въ уставахъ опредѣляется порядокъ разбора такихъ дисциплинарныхъ дѣлъ и назначенія взысканій. Дисциплинарное производство можетъ быть возбуждено совѣтомъ не только по жалобамъ довѣрителей и другихъ лицъ, но и по собственному своему усмотрѣнію. Какъ справедливо указывалъ неоднократно Правительствующій Сенатъ, надзоръ и власть совѣта присяжныхъ повѣренныхъ надъ своими сочленами необходимы для водворенія и поддержанія между ними чувствъ чести и правды и для поддержанія довѣрія къ нимъ частныхъ лицъ, ввѣряющихъ имъ огражденіе и защиту своей чести, правъ и интересовъ, ибо, только при разборчивомъ и строгомъ выборѣ присяжныхъ повѣренныхъ и при постоянномъ и бдительномъ надзорѣ за ними совѣта, можетъ образоваться сословіе присяжныхъ повѣренныхъ, представляющее ручательство знанія, опытности и нравственныхъ качествъ (1870 г. № 5, по общ. собр. [4]). Учиненіе присяжнымъ повѣреннымъ преступленія или проступка, подлежащаго преслѣдованію въ порядкѣ уголовнаго суда, не устраняетъ возбужденія совѣтомъ предварительнаго или одновременнаго съ уголовнымъ судомъ дисциплинарнаго по сему поводу производства, такъ какъ совѣты и замѣняющія ихъ судебныя мѣста обсуждаютъ тѣ же дѣянія только относительно ихъ предосудительности, несоотвѣтствія съ званіемъ повѣреннаго и съ важностью ввѣряемыхъ ему интересовъ, слѣдовательно, вовсе не разсматриваютъ уголовнаго значенія этихъ дѣяній. Рѣшенія уголовныхъ и дисциплинарныхъ судовъ не только могутъ, но и должны быть поставляемы независимо одни отъ другихъ: какъ оправдательный приговоръ уголовнаго суда, постановленный на точномъ основаніи уголовныхъ законовъ, напр., по обвиненію въ оскорбленіи дѣйствіемъ при признаніи взаимности и равносильности обидъ, не стѣсняетъ дисциплинарный судъ высказать осужденіе повѣренному за дѣяніе, по которому онъ освобожденъ отъ отвѣтственности въ уголовномъ порядкѣ, такъ и признаніе судомъ дисциплинарнымъ отсутствія предосудительнаго характера въ поступкѣ

---

[1]) Судебные пристава, по ст. 340 и 341 учр. суд. уст., независимо отъ общей дисциплинарной отвѣтственности по ст. 262, 328 и 329, предостереженіямъ, замѣчаніямъ и выговорамъ могутъ быть подвергаемы и совѣтомъ судебныхъ приставовъ, причемъ жалобы на наложеніе таковыхъ взысканій не допускаются (ст. 342).

[2]) Обстоятельное изложеніе существа и объема этой власти см. у Арсеньева, Замѣтки о русской адвокатурѣ, 1875 г. Ср. также Макалинскій, С.-Петербургская присяжная адвокатура, 1889 г.; Mollot, Règles sur la profession d'avocat, 2 изд. 1866 г.; Liouville, De la profession d'avocat, 4 изд., 1868 г.

[3]) По проекту пересмотрѣннаго учрежд. суд. установл. предположено подвергать отвѣтственности и за дѣйствія, умаляющія необходимыя для повѣреннаго довѣріе и уваженіе.

[4]) Ср. любопытныя данныя изъ практики С.-Петербургскаго совѣта по этому вопросу у Макалинскаго, в. с., стр. 260 и сл.

повѣреннаго не устраняетъ (само по себѣ) изъ этого поступка признаковъ уголовно-наказуемаго дѣянія и не можетъ быть поводомъ къ оправданію повѣреннаго уголовнымъ судомъ (рѣш. 1882 г., № 31, по общ. собр.).

На всѣ постановленія совѣта, кромѣ подвергающихъ присяжнаго повѣреннаго предостереженію или выговору, могутъ быть приносимы жалобы судебной палатѣ, опредѣленія которой по этимъ дѣламъ признаются окончательными. Тамъ, гдѣ нѣтъ совѣта присяжныхъ повѣренныхъ, его права и обязанности принадлежатъ окружному суду.

По проекту пересмотрѣннаго учрежденія судебныхъ установленій созданы особыя правила о подчиненіи совѣтамъ присяжныхъ повѣренныхъ — помощниковъ присяжныхъ повѣренныхъ и кромѣ того введены особыя правила о надзорѣ за совѣтомъ присяжныхъ повѣренныхъ и о дисциплинарной отвѣтственности его членовъ.

На основаніи закона 25 Мая 1874 г. (ст. 406[1]—406[17] учр. суд. уст.), независимо отъ сословія присяжныхъ повѣренныхъ, учреждены при судебныхъ мѣстахъ частные повѣренные, подчиненные въ дисциплинарномъ порядкѣ тѣмъ судебнымъ мѣстамъ, при которыхъ они состоятъ. Эти судебныя мѣста могутъ подвергать сихъ лицъ за неправильныя или предосудительныя дѣйствія: 1) предостереженію или замѣчанію; 2) выговору; 3) запрещенію отправленія обязанности повѣреннаго на время не свыше одного года, и 4) исключенію изъ числа повѣренныхъ. Кромѣ того, Министръ Юстиціи имѣетъ право устранять отъ ходатайства по судебнымъ дѣламъ такихъ лицъ, которыя, по доходящимъ до него несомнѣннымъ свѣдѣніямъ, обнаруживаютъ предосудительный образъ дѣйствій, несоотвѣтствующій званію повѣреннаго (416[15]).

Къ разбираемой же группѣ относится дисциплинарная власть надъ военно-служащими, и притомъ, какъ власть начальствующаго надъ подчиненными, такъ и судъ равныхъ, напр., судъ общества офицеровъ, причемъ эти постановленія о дисциплинарныхъ провинностяхъ относятся къ преступнымъ дѣяніямъ военно-служащихъ, такъ же, какъ и служебныя провинности къ преступнымъ дѣяніямъ по службѣ вообще, соприкасаясь съ общею карательною властью государства только посредственно. Власть эта представляется сложною, въ виду особенностей самаго военнаго быта и обязательнаго повинностнаго характера самой службы. Съ одной стороны, военная служба является особой функціей государственной дѣятельности, создающею и обязанности совершенно спеціальныя; съ другой, между военными наиболѣе развитъ духъ дисциплины и субординаціи, требующій особенно неуклоннаго проведенія принципа закономѣрной подчиненности, развитія воинскаго долга, и, наконецъ, въ особенности по отношенію къ офицерамъ, военное общество представляетъ характеръ особой, болѣе или менѣе тѣсно связанной корпораціи, естественно вырабатывающей и свои особенныя понятія о чести и достоинствѣ, и особыя условія ихъ нарушенія [1]).

Основанія дѣйствующаго нынѣ у насъ военнаго дисциплинарнаго устава были положены еще въ 1861 г. проектомъ сенатора Кангера, утвержденнымъ и обнародованнымъ въ 1863 г. Дисциплинарный уставъ былъ пересмотрѣнъ въ 1867 г. и утвержденъ въ 1869 г., а затѣмъ, въ виду введенія всесословной повинности, былъ снова пересмотрѣнъ въ 1879 г.; но такъ какъ примѣненіе устава на практикѣ обнаружило недостаточную точность и полноту нѣкоторыхъ его статей, а иногда и несоотвѣтствіе его требованіямъ дисциплины, то съ 1882 г. начался новый его пересмотръ и затѣмъ 28 Мая 1888 г. былъ утвержденъ нынѣ дѣйствующій дисциплинарный уставъ для арміи (весьма обширный, содержащій 14 главъ и 166 статей), а 3 Апрѣля 1889 г.—для флота [2]).

При этомъ, такъ какъ принципъ дисциплины играетъ въ преступныхъ дѣяніяхъ военно-служащихъ еще болѣе важную роль, чѣмъ въ правонарушеніяхъ служащихъ гражданскаго вѣдомства, то дисциплинарныя нарушенія военно-служащихъ еще ближе примыкаютъ къ

---

[1]) Ср. подробное изложеніе характеристики воинской дисциплины и постановленій по этому предмету нашего права у Кузьмина-Караваева, Военно-уголовное право, стр. 31 и сл. Ст. 1 военно-дисциплинарнаго устава говоритъ: воинская дисциплина состоитъ въ строгомъ и точномъ соблюденіи правилъ, предписанныхъ военными законами.

[2]) А. Анисимовъ, Дисциплинарный уставъ, 3 изд., 1888 г.; Н. Мартыновъ, Уставъ дисциплинарный, изд. 1894.

преступнымъ дѣяніямъ, наглядно свидѣтельствуя, что границы между ними количественныя, а не качественныя. Какъ справедливо указываетъ Кузьминъ-Караваевъ (стр. 110), «наиболѣе рѣзкое смѣшеніе дисциплинарной отвѣтственности съ уголовно-судебной проявляется въ условной санкціи... Въ особенной части нашего устава условная санкція встрѣчается весьма часто, именно въ двоякой формѣ: или говорится: «если дисциплинарное взысканіе окажется несоотвѣтствующимъ важности вины, виновный подвергается» (ст. 96, 104, 153 и др.), или послѣ перечня наказаній, которыя могутъ быть назначаемы только по суду, добавляется: «или взысканію дисциплинарному» (ст. 147, 186 и др.). При этомъ во всѣхъ подобныхъ случаяхъ, а равно, когда за общій проступокъ въ общемъ законѣ положено наказаніе, подлежащее для военно-служащихъ, на основаніи правилъ соотвѣтствія, замѣнѣ дисциплинарнымъ взысканіемъ, рѣшеніе вопроса о томъ, слѣдуетъ ли окончить дѣло въ дисциплинарномъ порядкѣ или предать виновнаго суду, за силою 10 ст. дисц. уст., принадлежитъ дисциплинарной власти военнаго начальства».

Военная дисциплинарная власть имѣетъ въ виду такіе проступки, которые, или по маловажному ихъ значенію, или по проявившемуся въ нихъ легкомыслію и невнимательности къ исполненію обязанностей, не заслуживаютъ уголовнаго наказанія, съ его сложною процедурою, но подвергаются взысканіямъ со стороны лицъ, на которыхъ лежитъ отвѣтственность за поведеніе совершившихъ и которымъ дано право охранять порядокъ и строгость дисциплины.

Въ положеніи 1863 г. были исчислены въ подробности всѣ нарушенія, подвергающія дисциплинарнымъ взысканіямъ; но уставы дѣйствующіе говорятъ, въ ст. 9, только общимъ образомъ, что въ этомъ порядкѣ наказываются всѣ маловажные проступки, какъ по службѣ, такъ и по нарушенію общественнаго порядка и благочинія. Большинство этихъ случаевъ, впрочемъ, означено въ воинскомъ уставѣ о наказаніяхъ [1]). Иногда такія нарушенія могутъ влечь или дисциплинарную, или уголовную отвѣтственность; въ такомъ случаѣ порядокъ привлеченія опредѣляется начальникомъ, отъ котораго зависитъ преданіе виновнаго суду (ст. 13, 15, 33 уст. для арміи).

Дисциплинарными мѣрами являются: замѣчанія и выговоры, воспрещеніе отлучки изъ казармъ, назначеніе не въ очередь въ нарядъ на службу, арестъ разныхъ видовъ, лишеніе ефрейторскаго званія, смѣщеніе на низшую должность, удаленіе отъ должности и т. п., а для нижнихъ чиновъ, непользующихся особыми правами состоянія, въ важнѣйшихъ случаяхъ—переводъ въ разрядъ штрафованныхъ; для штрафованныхъ же—и тѣлесное наказаніе до 50 ударовъ (ст. 84).

Примѣненіе тѣхъ или другихъ взысканій зависитъ прежде всего отъ служебнаго положенія обвиняемаго, въ этомъ отношеніи уставъ различаетъ три разряда лицъ—нижніе чины, унтеръ-офицеры и офицеры или классные чиновники, затѣмъ, отъ объема власти, предоставленной лицамъ, налагающимъ взысканіе (ст. 21 и сл., 37 и сл.), причемъ уставъ опредѣляетъ какъ самый порядокъ наложенія, такъ и выборъ мѣры [2]). Начальники, виновные въ наложеніи взысканія свыше предоставленной имъ власти, или внѣ мѣръ, указанныхъ законами, подлежатъ, въ свою очередь, уголовнымъ или дисциплинарнымъ взысканіямъ.

Иное значеніе имѣетъ судъ общества офицеровъ, вѣдающій такіе поступки, которые, хотя и не подлежатъ дѣйствію уголовныхъ законовъ, но, однако, несовмѣстны съ понятіемъ о воинской чести и доблести или изобличаютъ въ офицерѣ отсутствіе правилъ нравственности и благородства. Суду этому подлежатъ (ст. 133 для арміи, ст. 145 для флота) одни оберъ-офицеры, такъ какъ штабъ-офицеры могутъ въ подобныхъ случаяхъ (ст. 164) быть увольняемы отъ службы только съ особаго на то Высочайшаго разрѣшенія.

Дисциплинарныя взысканія, налагаемыя такимъ судомъ, ограничены внушеніемъ или удаленіемъ изъ полка.

---

[1]) Кромѣ того нѣкоторые маловажные проступки, указанные въ уложеніи о наказаніяхъ 1845 г. и въ уставѣ о нак., наказываются дисциплинарными взысканіями. Ср. вообще перечень случаевъ, подлежащихъ дисциплинарнымъ взысканіямъ, у Анисимова, в. с., стр. 13—16. Историческія указанія у Кузьмина-Караваева, стр. 141 и сл.

[2]) По морскому дисциплинарному уставу опредѣленіе рода и размѣра взысканій зависитъ также отъ того, были ли учинены нарушенія на морѣ или на берегу.

20. Съ инымъ нѣсколько характеромъ является дисциплинарная власть, принадлежащая различнымъ сословіямъ и состояніямъ по отношенію къ своимъ сочленамъ, создаваемая общностью ихъ интересовъ, стремленіемъ оградить сословное достоинство и честь, причемъ эта власть распространяется на всѣхъ членовъ сословія, какъ принадлежащихъ къ нему по рожденію, такъ и вступившихъ въ него впослѣдствіи.

Такъ, по законамъ о состояніяхъ, дворянство имѣетъ право, въ порядкѣ ст. 165 и 166 т. IX опредѣленномъ, исключить изъ собраній своихъ дворянина, который опороченъ судомъ, или, хотя бы и судимъ не былъ, но котораго явный и безчестный поступокъ всѣмъ извѣстенъ, пока не оправдается. Такое постановленіе не подлежитъ пересмотру судебныхъ мѣстъ и исполняется немедленно; жалобы на это могутъ быть подаваемы Правительствующему Сенату и притомъ не по существу, а лишь на несоблюденіе установленнаго для сего порядка; сила такого постановленія дворянства, по ст. 167 т. IX, не отмѣняется даже прощеніемъ, общимъ милостивымъ манифестомъ даруемымъ [1]). Равнымъ образомъ, въ порядкѣ дисциплинарной отвѣтственности могутъ быть налагаемы взысканія на дворянъ, обязанныхъ присутствовать въ дворянскомъ собраніи, за неявку въ собраніе, а на дворянъ, избранныхъ въ общественныя должности, за неявку на службу (203 и 211 ст. т. IX); наконецъ, надъ имѣніями дворянъ, замѣченныхъ въ безмѣрной и разорительной роскоши, дворянству предоставлено право учреждать опеку (ст. 350 п. 7 т. IX, прил. къ ст. 150 уст. пред. и пресѣч. прест.). Такое же право учрежденія опеки, во обузданіе излишества, безпутства и мотовства, принадлежитъ, согласно прил. къ ст. 150 уст. пресѣч. прест., купеческимъ и мѣщанскимъ обществамъ надъ ихъ сочленами; сверхъ того, мѣщанскія общества своихъ сочленовъ мужескаго и женскаго пола, изобличаемыхъ въ порочномъ и развратномъ поведеніи, могутъ отдавать на разныя работы казенныя, общественныя и частныя, на время: въ 1-й разъ отъ 1—2, во 2-й—отъ 2—4, а въ 3-й отъ 4—6 мѣсяцевъ (ст. 186 и 187 уст. пред. и пресѣч. прест.) [2]).

Сюда же можетъ быть отнесена дисциплинарная власть, обусловленная поддержаніемъ порядка въ извѣстныхъ собраніяхъ или помѣщеніяхъ. Ея возникновеніе опредѣляется необходимостью принятія мѣръ быстрыхъ, дающихъ возможность прекратить начинающіеся безпорядки, волненія: она всегда имѣетъ въ виду не лицо, а извѣстныя дѣйствія.

Изъ представителей этой группы можно указать, напр., на власть предсѣдательствующаго на судѣ, созданную судебными уставами (учр. суд. уст., ст. 154 и сл.). Допуская въ судебныя засѣданія, говорили составители судебныхъ уставовъ, не только участвующихъ въ дѣлѣ сторонъ и ихъ повѣренныхъ, но и постороннихъ лицъ, нельзя не предусмотрѣть случаевъ нарушенія кѣмъ либо изъ нихъ тишины и порядка или правилъ благопристойности, отчего можетъ иногда произойти остановка въ отправленіи суда, и нельзя не дать способовъ къ прекращенію безпорядковъ въ самомъ ихъ началѣ. Всѣ находящіеся въ засѣданіяхъ обязаны строго соблюдать правила благопристойности, порядка и тишины, безпрекословно повинуясь въ этомъ отношеніи распоряженіямъ предсѣдателя. Виновный въ нарушеніи этихъ правилъ можетъ быть удаленъ или выведенъ изъ залы, или же подвергнутъ задержанію на срокъ не свыше 24 часовъ, а если нельзя различить виновныхъ, то изъ залы можетъ быть удалена и вся публика.

Если же безпорядокъ былъ произведенъ участвующими въ дѣлѣ или ихъ повѣренными, то предсѣдатель можетъ имъ сдѣлать или выговоръ или предостереженіе съ предвареніемъ объ удаленіи, или же и дѣйствительно удалить ихъ изъ залы. Единоличному же судьѣ, въ случаяхъ нарушенія лицами, находящимися при разборѣ дѣла, порядка, тишины и правилъ благопристойности, предоставляется останавливать виновныхъ напоминаніемъ, а за повтореніе—приговаривать ихъ къ денежному взысканію отъ 25 к. до 3 р. и даже удалять неповинующихся изъ присутствія (67 ст. учр. суд. уст.) [3]).

---

[1]) Въ тѣхъ городахъ, весьма впрочемъ малочисленныхъ, гдѣ не введено городовое положеніе, городскому сословію предоставляется исключать изъ своей среды порочныхъ гражданъ, пока не оправдаются [прил. къ ст. 582 (прим. 1) п. 4, (т. IX)].

[2]) О правѣ крестьянскихъ обществъ отдавать своихъ порочныхъ сочленовъ въ распоряженіе правительства см. въ ученіи о наказаніи.

[3]) По ст. 4 зак. 29 Дек. 1889 г., земскій начальникъ или городской судья виновныхъ въ нару-

Въ тѣхъ случаяхъ, когда нарушеніе порядка въ засѣданіяхъ имѣетъ характеръ преступный, или заключаетъ въ себѣ, напр., нанесеніе оскорбленія частнымъ лицамъ, принятіе мѣръ дисциплинарныхъ отнюдь не исключаетъ отвѣтственности виновнаго по общимъ уголовнымъ законамъ [1]).

Къ сей же группѣ относится власть предсѣдательствующаго въ собраніяхъ сословныхъ или земскихъ, какъ по отношенію къ постороннимъ лицамъ, присутствующимъ въ собраніяхъ, такъ и по отношенію къ членамъ собраній; относительно послѣднихъ власть предсѣдателя, впрочемъ, весьма ограничена, такъ какъ предсѣдатель можетъ только или лишить виновнаго права рѣчи по обсуждаемому вопросу, или же закрыть самое собраніе (прил. къ ст. 184, 187 т. II св. зак., общ. образ. управл.; ст. 77 земск. пол., ст. 74 город. полож.).

Такая же дисциплинарная власть принадлежитъ старшинамъ или правленіямъ общественныхъ клубовъ и собраній, и притомъ, какъ по отношенію къ членамъ, такъ и къ гостямъ. Старшинамъ и правленіямъ предоставляется, сообразно съ уставами, право не только дѣлать замѣчанія, но и вывести изъ собранія лицъ, нарушающихъ тишину и порядокъ, или даже воспретить имъ самый входъ въ собраніе (75/612, Дерикера) [2]).

Сходное право принадлежитъ, по уставу торговому, биржевому комитету (ст. 597 уст. торг.), который долженъ имѣть неослабный надзоръ за благочиніемъ биржевыхъ собраній и имѣетъ право налагать на виновныхъ въ непристойномъ поведеніи на биржѣ взысканія, причемъ виновный можетъ быть исключенъ изъ биржеваго общества по его приговору.

Своеобразную дисциплинарную власть имѣютъ надъ своими членами артели, т. е. общества, составленныя для отправленія службъ, работъ или промысловъ, силамъ одного человѣка несоразмѣрныхъ; размѣры и формы проявленія этой власти опредѣляются уставами отдѣльныхъ артелей, а самая отвѣтственность можетъ быть назначаема не только за имущественный вредъ, причиненный артели неисполненіемъ ея членами своихъ обязанностей, но и за нерадѣніе и дурное поведеніе.

21. Наконецъ, особый видъ дисциплинарной власти составляетъ право отдѣльныхъ частныхъ лицъ подвергать взысканіямъ за извѣстныя нарушенія лицъ находящихся по отношенію къ нимъ въ состояніи подчиненности, вслѣдствіе особыхъ государственныхъ или общественныхъ условій. Съ наиболѣе широкимъ объемомъ выдѣлялась изъ этой группы властей патримоніальная власть помѣщика надъ своими крѣпостными, исчезнувшая у насъ только съ положеніемъ 1861 г. Эта власть, по самому закону, была прямою замѣстительницею власти государственной, облеченною весьма обширною карательною властью. Достаточно припомнить, напр., что по проекту Елизаветинской коммисіи правамъ дворянства давалось такое опредѣленіе: дворянство имѣетъ надъ людьми и крестьянами своими мужскаго и женскаго пола и надъ имѣніемъ ихъ полную власть безъ изъятія, кромѣ отнятія живота, наказанія кнутомъ и произведенія надъ ними пытки. Далѣе, указами 1749 и 1760 гг. помѣщикамъ дано было право ссылать своихъ крестьянъ на поселеніе за продерзостные поступки, лишь бы ссылаемые были не старѣе 45 лѣтъ и годны къ работѣ. Указомъ 1765 г. Екатерина расширила это право помѣщиковъ, допустивъ отдачу крестьянъ въ каторжную работу на какое угодно время, съ правомъ брать ихъ обратно по своему благоусмотрѣнію. Ссылка въ каторгу по волѣ помѣщиковъ была уничтожена въ 1809 г., но ссылка на поселеніе, прекращенная было закономъ 1811 г., снова возстановлена въ 1822 г., съ указаніемъ, что мѣстныя начальства даже не могутъ изслѣдовать основательность требованій помѣщиковъ о ссылкѣ ихъ крестьянъ въ Сибирь. По своду, т. IX, изд. 1832 г., помѣщику предоставлялось право употреблять домашнія средства наказанія и исправленія по своему усмотрѣнію, лишь

шеніи порядка при разборѣ дѣла останавливаетъ напоминаніемъ, а въ случаѣ повторенія—подвергаетъ денежному взысканію не свыше трехъ рублей или удаляетъ неповинующихся изъ присутствія.

[1]) Ср. тезисы изъ рѣшеній угол. деп. прав. сената въ моихъ изданіяхъ уложенія, подъ ст. 287.

[2]) Ср. также рѣшенія по дѣламъ объ обидахъ, наносимыхъ старшинами клубовъ и собраній, въ моихъ изданіяхъ устава о наказ., тезисы подъ ст. 130. Ср., сверхъ того, нормальный уставъ общественныхъ собраній, ст. 47 и 62.

бы только не было увѣчья и опасности для жизни; но въ изданіи 1857 г. ихъ права были опредѣлены уже нѣсколько тѣснѣе, такъ какъ было указано, что они могутъ разбирать проступки крѣпостныхъ, не подвергающіе лишенію правъ состоянія и совершенные противъ самого помѣщика или противъ его же крѣпостныхъ; при этомъ высшимъ наказаніемъ полагались розги до 40 ударовъ и заключеніе въ сельской тюрьмѣ до 2 мѣсяцевъ. Такова была эта власть по закону; едва-ли нужно вспоминать о томъ, чѣмъ бывала она въ жизни: кровавыя преданія крѣпостничества еще слишкомъ живы въ нашей памяти [1]).

Другой видъ дисциплинарной власти этой группы представляетъ власть хозяина надъ прислугою и работниками, въ особенности надъ прислугою въ тѣсномъ смыслѣ, т. е. надъ лицами, проживающими совмѣстно съ нанимателемъ и притомъ не только для исполненія работъ по хозяйству и домоводству, но и для личныхъ услугъ.

По отношенію къ этимъ лицамъ, старое право, въ особенности, напр., германскіе Gesindeordnungen выходили изъ того старонѣмецкаго воззрѣнія, что всѣ домочадцы стоятъ подъ распорядкомъ и верховенствомъ домовладыки, составляя какъ бы его семью въ обширномъ смыслѣ, надъ которою ему на этомъ основаніи несомнѣнно принадлежитъ и власть дисциплинарная [2]). Такъ, еще прусское общее земское право 1793 г. постановляло § 227 и прил. къ § 107): «нанесеніе ударовъ палкою противозаконно; напротивъ того, употребленіе ременной плетки (ledernen Peitsche) дозволено: ею можно дать по спинѣ, черезъ платье, умѣренное число ударовъ». Германскій Reichsgericht, въ рѣшеніи своемъ 12 Апрѣля 1880 г., на основаніи § 77 дѣйствующаго и нынѣ въ Пруссіи Gesindeordnung'а 1808 г., призналъ: «что хотя по дѣйствующему прусскому праву господа по отношенію къ наемной прислугѣ не имѣютъ карательнаго права или права на примѣненіе тѣлеснаго наказанія (Züchtigungsrecht) и учиненіе ими насилія надъ прислугою само по себѣ должно подлежать дѣйствію общихъ уголовныхъ законовъ, но, однако, въ § 77 Gesindeordnung ясно выражается та мысль, соотвѣтствующая естественному отношенію лицъ, участвующихъ въ договорѣ личнаго найма, что господинъ, который, вслѣдствіе гнѣва, вызваннаго по винѣ прислуги, ея непорядками, выбранитъ прислугу или даже учинитъ надъ нею насильственныя дѣйствія, долженъ быть свободенъ отъ судебнаго преслѣдованія и притомъ какъ въ порядкѣ публичномъ, такъ и въ порядкѣ частнаго обвиненія.

Хотя этотъ, такъ сказать, патріархальный взглядъ допускаетъ существенныя возраженія съ точки зрѣнія выдвинутаго французскимъ правомъ принципа свободной работы и равныхъ договорныхъ отношеній, но, однако, нельзя не сказать, что послѣдовательное проведеніе этого послѣдняго принципа, особенно въ примѣненіи къ нашей жизни, представляетъ существенныя затрудненія. Эти затрудненія возникаютъ не только въ силу житейской зависимости нанимаемаго отъ нанимателя, работника отъ работодателя, въ силу тѣхъ обычаевъ, которые особенно сильны въ такомъ обществѣ, какъ наше, такъ недавно распростившемся съ крѣпостнымъ правомъ, въ которомъ такъ много еще лицъ, не по преданію, а по личному опыту близко знакомыхъ съ обѣими его сторонами—властью и подчиненіемъ, но также и въ виду неизбѣжныхъ юридическихъ отношеній, вытекающихъ изъ существа самаго договора найма. Нельзя забывать, что прислуга проживаетъ у нанимателя, въ силу чего послѣдній, какъ охранитель порядка и спокойствія въ домѣ, по необходимости долженъ имѣть извѣстную власть для этой охраны, а потому необходимыя мѣры, принятыя противъ буйства, проявленія распутства, пьянства прислуги въ домѣ хозяина, какъ осуществленіе естественно принадлежащаго ему дисциплинарнаго права, должны быть признаваемы не наказуемыми. Вмѣстѣ съ тѣмъ, нельзя забывать, что болѣе или менѣе рачительное исполненіе прислугою хозяйскихъ порученій прямо и непосредственно отражается на имущественныхъ интересахъ послѣдняго, и что онъ въ то же время отвѣтствуетъ предъ другими за имущественный ущербъ, причиненный его слугами и работниками, а потому такая обязанность отвѣчать за прислугу естественно должна вызывать и право надзора за дѣйствіями прислуги. По нашимъ законамъ, договоръ личнаго найма не предоставляетъ нанимателю

---

[1]) Ср. Романовичъ-Словатинскій, Дворянство въ Россіи отъ начала XVIII вѣка до отмѣны крѣпостнаго права, 1870; В. Семевскій, Крестьяне въ царствованіе Екатерины II, 1881 гл. VI; его же, Крестьянскій вопросъ въ Россіи, 1888; въ особенности т. I стр. 495.

[2]) Ср. Freudenstein, стр. 16 и сл.; Hubrich, стр. 224; Nussbaum, Das Züchtigungsrecht des Dienstherschaft въ L. Z. XX, стр. 413—439; исключительно по нѣмецкому праву.

какихъ либо особыхъ правъ по отношенію къ прислугѣ, такъ какъ 2230 ст., т. X, ч. I, говоритъ только, что нанявшійся въ работу или отданный въ ученіе долженъ быть вѣрнымъ, послушнымъ и почтительнымъ къ хозяину и его семьѣ, долженъ стараться добрыми поступками и поведеніемъ сохранить домашнюю тишину и согласіе, а ст. 2231 прибавляетъ, что нанявшійся долженъ, по порученному ему отъ хозяина дѣлу, стараться, сколько можно, отвращать всѣ могущіе случиться убытки [1]). Но тѣмъ не менѣе, какъ установилъ уголовный департаментъ Правительствующаго Сената, въ рѣшеніи 70/410, по дѣлу баронессы Жомини, укоръ, напр., лицамъ, находящимся у обвиняемаго въ услуженіи, за нерадивое исполненіе ими ихъ обязанностей не можетъ считаться оскорбленіемъ; равнымъ образомъ, въ рѣшеніи 75/176, по дѣлу Эйкенъ, Сенатъ призналъ, что поступокъ хозяина, выгнавшаго за дерзость прислугу немедленно изъ дома, несмотря на наступленіе ночи, не составляетъ самоуправства, если по обстоятельствамъ дѣла окажется, что поддержаніе порядка въ домѣ и достоинства власти хозяина могли быть достигнуты лишь немедленнымъ удаленіемъ прислуги изъ дома, не ожидая вмѣшательства правительственной власти.

Болѣе значительными представляются права нанимателей по положенію о наймѣ на сельскія работы (т. XII, ч. 2), на основаніи коего (ст. 35—39) рабочій обязанъ повиноваться нанимателю и исполнять безпрекословно и усердно его требованія, согласно заключенному условію, долженъ охранять хозяина и его домашнихъ при угрожающей кому либо изъ нихъ опасности; долженъ вести себя благопристойно, трезво и почтительно къ хозяину, его домашнимъ и лицамъ, отъ него приставленнымъ для надзора за работами и рабочими; при этомъ, по ст. 50 положенія, нанимателю предоставляется подвергать рабочихъ вычетамъ изъ заработной платы, между прочимъ, за небрежную работу, за грубость и неповиновеніе, а за причиненіе вреда хозяйскому имуществу, взысканію въ размѣрѣ, не превышающемъ двойной поденной платы, причитающейся рабочему. Взысканіе за грубость, налагаемое нанимателемъ, поставлено при этомъ независимо отъ наказанія за грубость противъ нанимателя или членовъ его семьи, налагаемаго по судебному приговору.

Власть предпринимателей въ области промышленной и торговой по отношенію къ ихъ рабочимъ зависитъ отъ того, идетъ ли рѣчь о взрослыхъ работникахъ, подмастерьяхъ, или о малолѣткахъ, такъ какъ въ послѣднемъ случаѣ предприниматель является и учителемъ, которому передаются права родителями, отдавшими малолѣтняго въ обученье, или лицомъ, заступающимъ ихъ мѣсто [2]).

По уставу промышленности (т. XI, ч. 2), на фабрикахъ и заводахъ отношенія предпринимателя къ рабочимъ опредѣляются по общимъ основаніямъ законовъ гражданскихъ и, въ отличіе отъ положенія о наймѣ сельскихъ рабочихъ, по ст. 105 п. 4, дерзость или дурное поведеніе рабочаго, если оно угрожаетъ имущественнымъ интересамъ фабрики или личной безопасности кого либо изъ лицъ, принадлежащихъ къ составу фабричнаго управленія, можетъ имѣть своимъ послѣдствіемъ только расторженіе договора найма; наложеніе же взысканій собственною властью завѣдывающаго фабриками допускается лишь въ слѣдующихъ случаяхъ: за неисправную работу, прогулъ и нарушеніе порядка, причемъ въ уставѣ опредѣляется, что̀ можетъ быть признаваемо нарушеніемъ порядка, и указывается, что отдѣльные случаи такого нарушенія, съ указаніемъ размѣровъ налагаемаго за нихъ наказанія, должны быть означены въ особыхъ табеляхъ, утвержденныхъ фабричною инспекціею и выставляемыхъ во всѣхъ мастерскихъ; размѣръ взысканія за отдѣльное нарушеніе порядка не можетъ превышать одного рубля.

Что касается мастеровъ-ремесленниковъ, то, по ст. 394 того же устава, каждый мастеръ имѣетъ въ домѣ своемъ право хозяина надъ своими подмастерьями, такъ же, какъ и надъ учениками и всѣми прочими своими домашними; а по отношенію къ ученикамъ (ст. 393), онъ обязанъ учить ихъ усердно, обходиться съ ними человѣколюбивымъ и кроткимъ обра-

---

[1]) Шире поставлена власть нанимателей въ губерніяхъ Царства Польскаго; такъ, 560 ст. уст. о сельск. гмин. судахъ, отъ 24 Мая 1864 г., говоритъ: господинъ въ правѣ исправлять пороки слугъ легкими домашними мѣрами.

[2]) Ср. указанія по германскому праву у Freudenstein, стр. 24. Ср. также Deutsche Gewerbeordnung, § 119, № 7.

зомъ, безъ вины ихъ не наказывать и занимать должное время наукою, не принуждая ихъ къ домашнему ему служенію и работамъ.

По уставу торговому (т. XI, ч. 2), торговые приказчики (ст. 12) обязаны исполнять всѣ приказанія и порученія своего хозяина во всей точности, быть къ нему и семейству его почтительными и въ поведеніи исправными, а приказчика (ст. 13), ведущаго безпорядочную и развратную жизнь, дозволяется хозяину унимать домашнею строгостью, а если не исправится, то приносить жалобу въ судъ; это же право распространяется и на торговыхъ учениковъ, причемъ, на основаніи прим. къ ст. 37 устава торговаго, малолѣтніе сидѣльцы за шалости наказываются розгами при хозяинѣ или родителяхъ въ домѣ. Такимъ образомъ, дисциплинарное право мастера надъ учениками, купца надъ сидѣльцами прямо признано закономъ, но это право ограничивается только предѣлами отношеній, вызываемыхъ обученіемъ ремеслу, работою или торговлею. Поэтому, напр., Сенатъ призналъ, по дѣлу Брузи (71/463), что наказаніе хозяйкою магазина ученицы за то, что она на судѣ давала показанія противъ мастерицы, подходитъ подъ дѣйствіе ст. 142 уст. о наказ.; что лишеніе свободы (71/712, Мельмана) хозяиномъ магазина своихъ сидѣльцевъ, въ видѣ наказанія за растрату и похищеніе вещей изъ магазина, хотя бы съ ихъ согласія, составляетъ наказуемое дѣяніе. При этомъ Сенатъ прибавилъ, что предоставленная хозяину надъ приказчиками и сидѣльцами власть исправленія или укрощенія мѣрами домашней строгости можетъ относиться только къ непослушанію, грубости, безпорядочной или развратной жизни, и ни въ какомъ случаѣ не должна имѣть характера жестокаго обращенія.

Еще значительнѣе въ группѣ отношеній этого рода дисциплинарная власть корабельщика надъ корабельными служителями и водоходцами, такъ какъ самыя условія ихъ дѣятельности, въ особенности во время плаванія въ открытомъ морѣ, во время опасности, требуютъ соблюденія дисциплины, сходной съ военною, требуютъ сильной власти управляющаго надъ управляемыми. Какъ замѣчаетъ г. Резонъ (стр. 21), отвѣчая за цѣлость корабля и груза, отвѣчая за жизнь всѣхъ находящихся на кораблѣ, корабельщикъ долженъ пользоваться безусловнымъ авторитетомъ въ средѣ своихъ подчиненныхъ, имѣть неоспоримое право принудить ихъ къ немедленному исполненію своихъ приказаній и наказывать ихъ за неповиновеніе, не ожидая прибытія корабля въ гавань и вмѣшательства судебной власти. Нашъ торговый уставъ, говоря о власти и обязанности корабельщика при плаваніи на морѣ по отношенію къ корабельнымъ служителямъ (ст. 290 и сл.), постановляетъ, что за неисполненіе распоряженій во время опасности или за возмущеніе во время пути, корабельщику предоставляется (ст. 298 и 299) власть примѣнять къ виновнымъ въ непослушаніи и тѣлесное наказаніе: по личному усмотрѣнію—до 5 ударовъ веревкою или хлыстомъ, а по совѣту съ штурманомъ, ботсманомъ и другими старшими членами экипажа—до 12 ударовъ; сообразно съ этимъ, корабельщику предоставляется, очевидно, и право употребленія и другихъ менѣе важныхъ дисциплинарныхъ мѣръ, въ частности, напр., лишенія виновнаго свободы. Хотя уставъ торговый и говоритъ вездѣ только о членахъ экипажа, но несомнѣнно, что въ извѣстномъ размѣрѣ дисциплинарная власть должна принадлежать корабельщику и надъ пассажирами, въ случаѣ, напр., неповиновенія или сопротивленія ихъ его распоряженіямъ во время плаванія; онъ можетъ употреблять по отношенію къ нимъ мѣры, вызываемыя необходимостью [1]).

По отношенію къ судоходцамъ на судахъ рѣчныхъ, ст. 315 уст. пут. сообщ., по прод. 1893 г., говоритъ только, что наемъ судорабочихъ производится на общемъ основаніи правъ собственности и личной свободы, не давая болѣе точнаго опредѣленія взаимныхъ отношеній нанимателя къ нанимаемымъ; болѣе подробныя правила объ отвѣтственности судорабочихъ содержитъ ст. 327 того же устава. Наконецъ, извѣстную дисциплинарную власть имѣютъ должностныя лица, служащія при желѣзныхъ дорогахъ; такъ, жандармъ или начальникъ станціи можетъ удалить безбилетнаго пассажира, отказавшагося уплатить двойную стоимость или взять новый билетъ. Равнымъ образомъ, начальникъ станціи, при посредствѣ жандарма, можетъ удалить изъ поѣзда пассажира: 1) если онъ нарушаетъ правила, ограждающія спокойствіе проѣзжающихъ; 2) если другіе проѣзжающіе потребуютъ его удаленія вслѣдствіе его буйства, или же явно безстыдныхъ или оскорбительныхъ съ его стороны дѣйствій;

---

1) Ср. временныя правила о дисциплинарной власти начальствующихъ лицъ на судахъ русскаго общества пароходства и торговли, 1896 Авг. 5, собр. узак., 1234.

3) если пассажиръ окажется въ болѣзненномъ состояніи, опасномъ для другихъ или возбуждающемъ общее отвращеніе. Но при этомъ удаленіе изъ поѣзда не допускается на станціяхъ, находящихся вдали отъ городовъ, селъ или деревень (общ. уст. Росс. желѣзн. дорогъ 12 Іюня 1885 г., ст. 23—29).

22. Столь же важнымъ представляется вопросъ о взаимныхъ отношеніяхъ и границахъ неправды гражданской и уголовной, бывшій еще недавно одною изъ любимыхъ темъ нѣмецкой доктрины [1]).

Неплатежъ должникомъ долга или процентовъ въ установленный срокъ, неисполненіе арендаторомъ арендnаго договора, невыполненіе воли умершаго относительно оставшагося послѣ него имущества, выраженной въ сдѣланномъ имъ завѣщаніи, и т. п., такъ же, какъ и тайное взятіе чужой вещи, убійство или поджогъ заключаютъ въ себѣ неисполненіе велѣній авторитетной воли, регулирующихъ отношенія гражданъ, являются посягательствами на интересы, охраняемые нормами, хотя тѣмъ не менѣе мы относимъ ихъ совершенно къ различнымъ категоріямъ правонарушеній, различая ихъ по ихъ послѣдствіямъ и по ихъ юридической конструкціи.

Но вмѣстѣ съ тѣмъ грань, отдѣляющая даже въ современной юридической жизни эти два вида неправды, представляется весьма тонкою и иногда даже едва уловимою; таково, напр., различіе между обманомъ гражданскимъ и обманомъ уголовно-наказуемымъ, между самоуправствомъ гражданскимъ и уголовнымъ. Въ тѣхъ случаяхъ, когда одно и то же юридическое событіе, кража, поджогъ, увѣчье, являются производящимъ факторомъ и неправды гражданской и неправды уголовной, какихъ либо второстепенныхъ условій, часто даже процессуальныхъ, достаточно, чтобы придать всему событію характеръ неправды или исключительно гражданской, или исключительно уголовной.

Еще болѣе тѣсную связь между обоими видами неправды мы встрѣчаемъ въ древнѣйшія эпохи права [2]). Съ одной стороны, тѣ посягательства, коимъ мы нынѣ придаемъ безспорное значеніе преступныхъ дѣяній и даже преступленій, являлись съ обликомъ, свойственнымъ нынѣ неправдѣ гражданской, съ обликомъ частнаго вреда. На первомъ планѣ стоялъ ущербъ, причиненный лицу, непосредственно пострадавшему отъ дѣянія, или отразившійся на интересахъ его близкихъ, его сородичей. Только мало по малу развивалось понятіе о томъ, что за пострадавшимъ стоитъ общество, властно опредѣляющее взаимныя отношенія отдѣльныхъ гражданъ, гарантирующее отдѣльному лицу неприкосновенность его благъ и интересовъ, требующее отъ каждаго подчиненія своимъ запретамъ, что поэтому за конкретнымъ вредомъ, причиненнымъ преступнымъ дѣяніемъ лицу, стоитъ идеальный вредъ, причиненный общественному миру и порядку.

Съ другой стороны, по своимъ послѣдствіямъ неправда, нынѣ почитаемая безспорно гражданскою, являлась съ несомнѣннымъ уголовнымъ характеромъ: должникъ, оказавшійся безъ всякаго злаго умысла несостоятельнымъ къ уплатѣ, отдавался въ полную власть кредн-

---

1) Изъ монографій по этому вопросу слѣдуетъ указать: Walther, Ueber den Unterschied zwischen Verbrechen und Civilunrecht въ Krit. Viertheljahresschrift, 1866 г.; A. Merkel, Zur Lehre von den Grundeintheilungen des Unrechts und seiner Rechtsfolgen въ его Kriminalistische Abhandlungen, 1; R. Jhering, Das Schuldmoment im römischen Privatrecht, 1867; Hälschner, Die Lehre vom Unrecht und seine verschiedenen Formen въ G., 1869 г., стр. 11 и 81, и 1876 г., стр. 401; Heisler, Das Civilunrecht und seine Formen, 1870; Binding въ Normen, I, 2-ое изд. § 31 и сл. Die möglichen Arten des Unrechts; E. Hertz Das Unrecht und die allgemeinen Lehren des Strafrechts, 1880 г., § 3 и сл.; Liszt, Die Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Strafrecht, 1889. См. также соотвѣтствующіе параграфы въ учебникахъ. Подробныя литературныя указанія у Гельшнера, стр. 15; Bar. Handbuch, § 109. Обстоятельный и полный разборъ прежнихъ ученій по данному вопросу сдѣланъ у Меркеля, а краткое сопоставленіе позднѣйшихъ теорій у Binding, § 39 прим. 1, Liepmann, Einleitung in das Strafrecht, 1900.

2) Ср. указанія по нашему праву Чебышева-Дмитріева, о преступномъ дѣйствіи по русскому до-петровскому праву, 1862 г., стр. 78 и сл. Въ обычномъ правѣ кавказскихъ горцевъ и нынѣ не существуетъ различія уголовныхъ и гражданскихъ посягательствъ; всякое преступное дѣяніе разсматривается какъ посягательство на матеріальные интересы потерпѣвшаго, а потому всякое уголовное дѣло можетъ оканчиваться примиреніемъ.

тора, могъ даже подвергнуться «разсѣченію на части», какъ и тяжкій преступникъ. Въ законахъ устанавливались уголовныя наказанія за неисправность, забывчивость при исполненіи сдѣлокъ и договоровъ [1]).

Трудность отграниченія привела даже нѣкоторыхъ писателей къ тому выводу, что между обоими видами неправды нѣтъ въ дѣйствительности границъ, или, другими словами, что этихъ границъ нужно искать не въ идеѣ или понятіи, а только въ указаніяхъ дѣйствующаго права. «Точное теоретическое разграниченіе, говоритъ пр. А. Кистяковскій (§ 114), между гражданскою и уголовною неправдой въ смыслѣ общаго понятія, а не въ смыслѣ отдѣльныхъ преступленій или отдѣльныхъ конкретныхъ случаевъ, не вызывается необходимостью, и въ концѣ концовъ невозможно» [2]).

Такая отсылка къ положительному праву не только оставляетъ безъ всякой помощи законодателя, долженствующаго установить границы уголовной неправды, но не даетъ руководящаго начала и суду въ наиболѣе затруднительныхъ случаяхъ, при установленіи, напр., границъ гражданскаго и уголовнаго обмановъ.

Между тѣмъ, простое сопоставленіе отдѣльныхъ случаевъ обоихъ видовъ неправды сейчасъ же укажетъ намъ, что различіе между ними отнюдь нельзя признавать случайнымъ и формальнымъ, выражающимся въ различіи подсудности и порядка разбора; оно лежитъ въ условіяхъ и отчасти содержаніи этихъ видовъ неправды.

Съ одной стороны, мы знаемъ, что, согласно нашему уставу уголовнаго судопроизводства, искъ о вознагражденіи за вредъ и убытки можетъ быть вчиненъ въ уголовномъ судѣ, совмѣстно съ уголовнымъ преслѣдованіемъ, и что, напр., еще по нашему уставу угол. судопр., изд. 1864 г., даже въ случаѣ прекращенія судебнаго преслѣдованія за давностью или въ виду какихъ либо иныхъ причинъ, устраняющихъ возможность уголовнаго преслѣдованія, искъ гражданскій, начатый въ уголовномъ судѣ, разсматривался этимъ судомъ и притомъ въ порядкѣ уголовнаго процесса.

Съ другой стороны, и при разсмотрѣніи судомъ уголовнымъ гражданскаго иска, онъ не утрачиваетъ своей особенной юридической природы. Вознагражденіе гражданское и наказаніе представляются не тождественными понятіями [3]).

Отвѣтственность уголовная стоитъ главнымъ образомъ въ зависимости отъ характера и свойствъ проявленной преступной воли, отвѣтственность гражданская—отъ размѣра причиненнаго вреда и ущерба; оттого наказуемость, напр., умышленнаго поджога и неосторожнаго причиненія пожара обитаемаго дома представляетъ такое громадное различіе, какъ примѣненіе каторги и ареста, а отвѣтственность гражданская за вредъ, отъ разрушенія зданія происшедшій, остается неизмѣнною, и, наоборотъ, покушеніе на умышленный поджогъ, хотя бы виновный былъ захваченъ прежде, чѣмъ началось поврежденіе дома, наказывается почти такъ же, какъ и поджогъ оконченный, а между тѣмъ, съ точки зрѣнія гражданской, такое безрезультатное покушеніе даже вовсе не можетъ быть основаніемъ иска.

Въ случаѣ учиненія преступнаго дѣянія нѣсколькими лицами совмѣстно, каждый изъ нихъ понесетъ положенное въ законѣ наказаніе полностью, но отвѣтственность гражданская за вредъ, отъ такого дѣянія происшедшій, распредѣляется по частямъ между ними равномѣрно (ст. 648, т. X, ч. 1).

Въ дѣлахъ уголовныхъ каждый несетъ отвѣтственность только самъ за себя, а въ вознагражденіи вреда могутъ отвѣчать и другія лица, и притомъ не только соучастники въ случаѣ несостоятельности одного изъ нихъ къ уплатѣ своей части, но и лица, совершенно учиненному посягательству непричастныя, какъ хозяева за слугъ, предприниматели за своихъ агентовъ, родители за дѣтей, даже наслѣдники за наслѣдодателя.

---

1) Подробныя историческія указанія на значеніе уголовнаго момента въ гражданскомъ правѣ приведены Іерингомъ въ его Schuldmoment.

2) Schütze, § 1: «вопросъ о разграниченіи гражданской и уголовной неправдъ относится къ философіи права; для права положительнаго эта граница опредѣляется воззрѣніями и потребностями даннаго времени, культурою государства, слѣдовательно, составляетъ вопросъ чисто историческій»; то же Будзинскій, № 6.

3) Это обстоятельно разобрано Биндингомъ, Normen, § 41—die wesentliche Verschiedenheit vom Strafe und Schadenersatz.

Неправда гражданская влечетъ только матеріальныя имущественныя послѣдствія—возстановленіе нарушеннаго владѣнія, возвращеніе вещи, уплату расходовъ; неправда уголовная влечетъ по преимуществу лишеніе личныхъ благъ или возможности пользованія ими.

Уголовная отвѣтственность назначается, за ничтожными исключеніями, въ интересахъ общественныхъ, гражданская—въ интересахъ частныхъ.

Наконецъ, наказаніе разнствуетъ отъ вознагражденія за вредъ не только въ своихъ проявленіяхъ, въ различіи благъ виновнаго, имъ поражаемыхъ, но и въ самыхъ цѣляхъ, имъ преслѣдуемыхъ: гражданское вознагражденіе стремится только къ удовлетворенію потерпѣвшаго, къ устраненію матеріальнаго вреда, наказаніе является однимъ изъ средствъ, кои служатъ государству для осуществленія его основной цѣли,—общественнаго развитія.

23. Столь существенныя черты различія привели съ своей стороны доктрину къ попыткѣ разсматривать оба вида неправды, какъ принципіально различныя понятія, причемъ, впрочемъ, признаки дѣленія ставились крайне разнообразно, такъ что, не вдаваясь въ подробное разсмотрѣніе всѣхъ отдѣльныхъ теорій, я ограничусь только указаніемъ главнѣйшихъ изъ нихъ [1]).

Всѣ теоріи принципіальнаго различія уголовной и гражданской неправдъ сводятъ обыкновенно къ тремъ группамъ: субъективной, объективной и смѣшанной.

Теорія субъективная, первая, поставившая этотъ вопросъ на общую теоретическую почву, была послѣдовательно проведена Гегелемъ въ его Rechtsphilosophie 1821 г., а затѣмъ, въ учебникахъ уголовнаго права, въ особенности его нѣмецкими послѣдователями—Кестлиномъ и Бернеромъ [2]). Субъективная теорія ищетъ различія неправдъ въ отношеніи субъекта посягательства къ праву. «Неправда, говоритъ Кестлинъ (§ 2) [3]), какъ противоположность праву, состоитъ въ отсутствіи тождества между отдѣльною волею въ сферѣ ея внѣшняго бытія и волею общею. Это противоположеніе осуществляется въ слѣдующихъ ступеняхъ: 1) воля заключаетъ въ себѣ двоякую возможность: возможность соотвѣтствовать праву и возможность противополагаться ему—возможная или полицейская неправда; 2) воля уничтожаетъ дѣйствительно свое единство съ общею волею, не имѣя, однако, опредѣленнаго сознанія о таковомъ различіи—гражданская неправда; наконецъ, 3) отпаденіе отдѣльной воли отъ общей является сознательнымъ противоположеніемъ—преступленіе». Такимъ образомъ, гражданская неправда есть неправда несознательная (unbefangenes Unrecht), а неправда уголовная—сознательная. Далѣе, впрочемъ, Кестлинъ добавляетъ, что и въ области гражданской неправды существуетъ неправда, которую нельзя назвать въ строгомъ смыслѣ несознательною, хотя нельзя причислить и къ преступной. Къ этой группѣ онъ относитъ всѣ тѣ случаи, въ коихъ умышленный или культозный, въ гражданскомъ смыслѣ, образъ дѣйствія (самовольство, легкомысліе, хитрость и пр.) обосновываетъ обязанность вознагражденія, но и въ этихъ случаяхъ, полагаетъ онъ, нельзя доказать принципіальнаго противоположенія воли виновнаго праву; напротивъ того, онъ желаетъ согласоваться съ общею волею и думаетъ, что находится еще въ такомъ согласіи. Такъ какъ гражданская неправда, продолжаетъ Кестлинъ (§ 3), существуетъ не въ волѣ, а въ сферѣ внѣшняго бытія, то достаточно и уничтоженія ея въ этой сферѣ, что и можетъ быть достигнуто возмѣщеніемъ вреда потерпѣвшему; напротивъ того, при уголовной неправдѣ такого вознагражденія недостаточно: неправда должна быть уничтожена въ сферѣ воли. Воля въ неправдѣ гражданской (§ 116) или не сознаетъ совершаемаго ею нарушенія права или, по крайней мѣрѣ, скрываетъ это передъ собою, а потому возстановленіе права возможно даже тѣмъ, что заблудшемуся будетъ объяснено его заблужденіе, что онъ будетъ убѣжденъ въ необходимости исполнить должное требованіе, возвратить взятый предметъ и т. д.

---

1) Подробный очеркъ теорій сдѣланъ въ приведенной выше брошюрѣ Меркеля.

2) Къ этой же теоріи примкнули изъ нѣмецкихъ писателей: Trendelenburg, Ahrens, Abegg, Iohn и др. Изъ русскихъ криминалистовъ—Максимовичъ, Рѣчь объ уголовныхъ наказаніяхъ въ Россіи, 1853 г., § 5, и въ особенности Власьевъ, О вмѣненіи по началамъ теоріи и древняго русскаго права, 1860 г., стр. 40 и сл.; этого же воззрѣнія держался я въ моемъ изслѣдованіи: О повтореніи преступленій, 1867 г., стр. 19.

3) Подробнѣе въ его Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts, 1845 г., § 3 и сл.

Бернеръ (§ 36 изд. 1863 г.) [1]) говоритъ: «уголовная неправда есть противоположеніе особенной воли общей; напротивъ того, въ гражданской неправдѣ, хотя внѣшнимъ образомъ особенная воля отклоняется отъ общей, но въ существѣ она признаетъ общую волю и желаетъ согласоваться съ нею. Обѣ стороны въ процессѣ гражданскомъ, изъ коихъ одна учиняетъ неправду гражданскую, желаютъ права. Онѣ обѣ думаютъ, что имѣютъ право и желаютъ только, чтобы гражданскій судья рѣшилъ, кто изъ нихъ дѣйствительно имѣетъ право; тотъ, кто изъ нихъ неправъ, учиняетъ неправду несознательно. Въ этомъ случаѣ не требуется никакого подавленія частной воли, возставшей противъ права, никакого наказанія, но достаточно разъясненія общей воли, которая для сторонъ неясна или неизвѣстна. Пока обѣ партіи въ гражданскомъ процессѣ хотятъ только права, неправда остается чисто гражданскою, но какъ скоро та или другая сторона знаетъ, что вещь, на которую она, въ порядкѣ гражданскомъ, заявляетъ претензію, какъ на собственную, въ дѣйствительности ей не принадлежитъ, то неправда гражданская переходитъ въ среднее понятіе шикана, а за нимъ, какъ скоро требующій прибѣгаетъ къ обману,—лежитъ уже уголовная неправда. Шиканъ есть мостъ отъ неправды гражданской къ уголовной».

Теорія объективная ищетъ различія въ томъ, на что посягаетъ виновный.

Такъ, пр. Спасовичъ (стр. 4) говоритъ: «преступленія гражданскія суть нарушенія правъ чьихъ либо частныхъ, поставленныхъ въ полную зависимость отъ частнаго произвола, нарушенія, которыя только рождаютъ обязанность вознаградить владѣльца права, но не касаются общественнаго быта. Общество охраняетъ права частныя лишь настолько, насколько требуетъ этого самъ владѣлецъ. Преступленія уголовныя или иначе общественныя, суть нарушенія учрежденій, установленныхъ въ интересѣ общественнаго порядка и признаваемыхъ необходимыми условіями общежитія [2])».

«Ближайшими причинами или условіями права, говоритъ Н. Неклюдовъ [3]), являются внѣшніе предметы и отношенія людей между собою по поводу этихъ послѣднихъ.... Неправда есть правонарушеніе, т. е. посягательство на то или другое изъ правовыхъ условій. Уголовная неправда или преступленіе есть посягательство, направленное на самый объектъ права, на самаго конкретнаго представителя его, такъ сказать, на самый корпусъ права, все равно, личный или вещный.... Гражданская неправда есть посягательство на установившіяся между людьми отношенія по поводу какихъ либо объектовъ правъ, личныхъ или вещныхъ, но не посягательство на самые объекты непосредственно.... Полицейская неправда не заключаетъ въ себѣ никакого правонарушенія, а только возможность его...., возможность вредныхъ или невыгодныхъ послѣдствій, какъ для объектовъ правъ in corpore, такъ и для существующихъ по поводу ихъ отношеній».

Къ этой же группѣ должны быть отнесены попытки различать уголовную неправду, какъ посягательство на объективно существующій правовой порядокъ, и гражданскую, какъ посягательство на имущественныя управомочія, безусловно подчиненныя свободному распоряженію ими индивидуальной воли; попытки характеризовать первую, какъ непосред-

---

1) Въ позднѣйшихъ изданіяхъ учебника онъ оставляетъ этотъ вопросъ безъ разсмотрѣнія.

2) Впрочемъ, въ другомъ мѣстѣ своего учебника (стр. 63) пр. Спасовичъ ставитъ иную границу этихъ понятій: «есть правонарушенія, въ которыхъ главный элементъ составляетъ внѣшняя ихъ сторона и центръ тяжести лежитъ въ матеріальномъ, причиненномъ ими ущербѣ . . . . есть правонарушенія, которыхъ главный элементъ заключается не въ матеріальномъ вредѣ, а въ проглядывающей въ дѣйствіи злой волѣ, такъ что въ ней собственно лежитъ центръ тяжести преступленія. Они не могутъ быть покрыты однимъ вознагражденіемъ».

3) Примѣчаніе къ § 72 перевода учебника Бернера; то же начало, хотя съ большею неопредѣленностью, Неклюдовъ развиваетъ въ общей части уголовнаго права, 1875 г., §§ 2 и 4: безправыя дѣйствія людей могутъ быть трояки: они могутъ заключаться: 1) въ простомъ спорѣ о правахъ или въ неисполненіи принятыхъ на себя условій и обязательствъ (неправда гражданская); 2) въ посягательствѣ на самые предметы, объекты людскихъ отношеній (неправда уголовная) и 3) въ нарушеніи правилъ, соблюденіе которыхъ устраняетъ опасность, грозящую объектамъ людскихъ отношеній (неправда полицейская).

ственное посягательство на право, а вторую, какъ посредственное, учиняемое путемъ посягательства на чье либо субъективное право [1]).

Наконецъ, группа смѣшанныхъ теорій ищетъ основанія принципіальнаго различія неправдъ въ обстановкѣ самаго посягательства, признавая при этомъ не одно, а нѣсколько подобныхъ основаній.

Такъ, Шталь [2]) ставитъ слѣдующія границы неправдъ: преступленіе есть положительное вторженіе въ сферу права, а неправда гражданская—отрицательное; примѣромъ перваго является похищеніе чужой вещи, второй—неотдача вещи, неплатежъ долга; преступленіе всегда само по себѣ, по своей формѣ, in thesi, направляется противу права, гражданская неправда противуполагается праву только при извѣстныхъ условіяхъ, in hypothesi, а при отсутствіи этихъ условій дѣяніе будетъ вполнѣ законнымъ; преступленіе стремится сдѣлать невозможною юридическую охрану интереса и возстановленіе права, гражданская неправда не препятствуетъ таковому возстановленію.

Ортоланъ (№ 591) полагаетъ, что нарушеніе будетъ только гражданскою неправдою, когда для предотвращенія нарушенія и возстановленія господства права достаточно единичной силы, когда обыкновенное благоразуміе, ловкость, внимательность вполнѣ достаточны для защиты права и предупрежденія вреда; при этихъ нарушеніяхъ роль правосудія заключается въ принужденіи къ выполненію правоваго требованія или къ возмѣщенію ущерба. Наоборотъ, нарушеніе будетъ уголовнымъ, когда индивидуальныя средства защиты права оказываются недостаточными, когда общество должно дать надлежащую гарантію праву, такъ какъ только ради этой охраны и существуетъ человѣческое общежитіе; подобное нарушеніе вредитъ не только пострадавшему, но цѣлому обществу, поселяя въ немъ опасность и безпорядокъ, поселяя сомнѣнія въ самой полезности и цѣлесообразности общежитія. Оттого подобныя нарушенія требуютъ не только возстановленія нарушеннаго права, но и наказанія въ интересахъ общежитія.

Ближайшее разсмотрѣніе всѣхъ этихъ попытокъ приводитъ къ тому убѣжденію, что указанные признаки могутъ быть основою видовыхъ а не родовыхъ отличій, могутъ послужить къ установленію различныхъ элементовъ неправды, а не къ признанію принципіальнаго различія неправдъ.

Для доказательства этого необходимо, однако, точнѣе означить область общаго понятія неправды. Въ этомъ отношеніи прежде всего нужно имѣть въ виду, что не всякое судебное разбирательство, даже не всякое рѣшеніе заключаетъ въ себѣ устраненіе неправды и возстановленіе права. Подобно тому, какъ не всякое даже принудительное осуществленіе или разрѣшеніе публичныхъ отношеній можетъ быть включаемо въ понятіе уголовной неправды и ея преслѣдованія государствомъ, такъ не всякое установленіе и разрѣшеніе гражданскихъ отношеній можетъ быть разсматриваемо, какъ установленіе послѣдствій гражданской неправды. Во-1-хъ, мы знаемъ обширную область гражданскаго охранительнаго процесса, имѣющую въ виду предупрежденіе сомнѣній о правѣ, предупрежденіе могущихъ возникнуть споровъ, т. е. процесса, выполняющаго въ сферѣ гражданской тѣ же функціи, какія возлагаются на администрацію въ сферѣ предупрежденія опасностей, грозящихъ отъ силъ

---

1) Таковы положенія, развиваемыя Гельшнеромъ въ его приведенныхъ выше монографіяхъ, но онъ къ этому присоединяетъ и другія основанія, такъ что переходитъ въ смѣшанныя теоріи; въ особенности эклектическимъ является изложеніе Гельшнера въ его послѣднемъ трудѣ, Das gemeine deutsche Strafrecht, §§ 9—15. Къ этой же объективной группѣ нужно причислить Garraud, Traité № 29, Binding во II-мъ изданіи Normen, находя, что наказаніе и вознагражденіе за вредъ существенно разнятся между собою, что неправда гражданская объемлетъ не только субъективную, но и объективную неправду, признаетъ за основу ихъ различія то, что въ уголовной неправдѣ первенствующую роль играетъ моментъ неповиновенія авторитетной волѣ, посягательство на право власти требовать повиновенія (Recht auf Botmässigkeit), въ гражданской—посягательство на частное право, но не выводитъ однако отсюда принципіальнаго различія неправдъ, а въ сущности и нынѣ смотритъ на нихъ какъ на моменты единой неправды. Ср. Zucker, G. XLIV, стр. 424.

2) Теорія Шталя подробно изложена и разобрана въ монографіи Меркеля, стр. 16 и сл. Понятіе объ уголовной неправдѣ, какъ объ абсолютной, а о гражданской, какъ объ относительной, защищаетъ Пухта.

природы или злой воли человѣка. Во-2-хъ, существуютъ случаи, когда стороны обращаются въ судъ не для разрѣшенія спора, а только ради констатированія ихъ взаимнаго юридическаго отношенія, установленія условій какихъ либо юридическихъ отношеній и т. п.

Слѣдовательно, говоря объ отношеніяхъ неправды гражданской и уголовной, мы должны имѣть въ виду только случаи посягательства на норму въ ея реальномъ бытіи, неисполненіе велѣній права.

Далѣе, для точнаго опредѣленія этой области мы должны отдѣлить, какъ указалъ еще Іерингъ, неправомѣрныя состоянія отъ неправомѣрныхъ дѣйствій или бездѣйствій, неправды въ тѣсномъ смыслѣ. Неправомѣрное состояніе можетъ быть создано и силами природы, животнымъ и лицомъ, не обладающимъ вмѣняемостью, находящимся въ состояніи принужденія [1]), неправда—только и исключительно людьми. Неправомѣрное состояніе можетъ вызвать судебную дѣятельность только въ видахъ его констатированія и устраненія такого состоянія и его послѣдствій на будущее время: добросовѣстный, но неправомѣрный владѣлецъ не совершаетъ неправды, и искъ, къ нему предъявленный, имѣетъ въ виду только констатированіе неправомѣрности и прекращеніе владѣнія. Даже и въ порядкѣ процесса уголовнаго, домъ, построенный съ нарушеніемъ техническихъ правилъ и угрожающій опасностью для жильцовъ, признается подлежащимъ сломкѣ, хотя бы лицо, его построившее, и было освобождено отъ отвѣтственности за недѣеспособностію; въ этомъ случаѣ судъ уголовный констатируетъ только неправомѣрное состояніе, а не преступность дѣянія [2]).

Такимъ образомъ, неправда въ родовомъ своемъ понятіи непремѣнно предполагаетъ виновное посягательство на норму, неисполненіе требованія права тѣмъ, къ кому оно обращается, тѣмъ, который можетъ выполнить, но, сознательно или по небрежности, не выполняетъ это требованіе.

При такой характеристикѣ неправды въ родовомъ ея значеніи, конечно, трудно подыскать принципіальное различіе гражданской и уголовной неправды въ субъективныхъ условіяхъ вины. Какъ будемъ мы говорить, что неправда гражданская есть неправда не сознательная, когда мы знаемъ существованіе завѣдомо неправыхъ исковъ, отрицаніе завѣдомо правильныхъ исковыхъ требованій, непереходящія, однако, въ область уголовную: отнесеніе шикановъ къ области, лежащей на серединѣ неправдъ, составляющей мостъ между ними, есть торжественное заявленіе несостоятельности всего этого построенія. Далѣе, также трудно утверждать, что вчинившій завѣдомо неправый искъ, основывающій успѣхъ своего иска только на томъ предположеніи, что противная сторона не можетъ подыскать документа, устраняющаго его искъ, хочетъ только выяснить судебнымъ порядкомъ взаимныя правоотношенія сторонъ и вовсе не желаетъ стать въ разрѣзъ съ велѣніями права. И жизнь, да и законъ несомнѣнно знаютъ вполнѣ сознательную, хотя и гражданскую неправду. Съ другой стороны, мы не можемъ характеризовать неправду уголовную, какъ неправду исключительно сознательную, какъ скоро къ ней мы относимъ и неосторожныя дѣянія, характеризуемыя отсутствіемъ сознанія, невнимательностью, легкомысліемъ, а вмѣстѣ съ тѣмъ мы не можемъ себѣ представить и въ ближайшемъ будущемъ, чтобы кодексы отказались отъ уголовной наказуемости неосторожности и ограничились бы въ случаяхъ этого рода только взысканіемъ вреда [3]). Наконецъ, указаніе на то, что въ гражданской неправдѣ исключительное значеніе имѣетъ внѣшняя сторона, а въ уголовной—внутренняя, оттѣнки вины, также не можетъ имѣть рѣшающаго значенія, такъ какъ въ гражданскомъ кодексѣ мы встрѣчаемся съ постановленіями о злостномъ нарушеніи правъ [4]), а въ группѣ преступныхъ

---

1) Поэтому въ законахъ гражданскихъ существуютъ постановленія о возмѣщеніи вреда и возстановленіи правомѣрнаго состоянія лицами, находящимися въ состояніи крайней необходимости, даже умалишенными и т. д.

2) Противъ этого выдѣленія изъ неправды неправомѣрныхъ состояній, съ отнесеніемъ къ нимъ и случайныхъ правонарушеній, полемизируетъ Binding во 2-мъ изданіи Normen.

3) Walther, Das Vierteljahresschrift, считаетъ такое отнесеніе неосторожныхъ нарушеній къ гражданской неправдѣ идеаломъ будущихъ кодексовъ; вѣрныя возраженія противъ него у Binding, Normen, I, стр. 260.

4) Ср. напр. интересную монографію R. Blümner, Die Lehre vom böswilligen Rechtsmissbrauch (Chikane) nach gemeinem Rechte und nach dem Rechte des bürgerlichen Gesetzbuchs, 1900. Достаточно

дѣяній мы можемъ отыскать такія, въ коихъ преобладаетъ элементъ вреда, а не свойство вины: для мироваго судьи, назначающаго пеню за куреніе въ недозволенномъ мѣстѣ, безразлично, закурилъ ли виновный папиросу умышленно, или по небрежности.

Точно также, при указанномъ выше родовомъ опредѣленіи неправды, нельзя пріискать принципіальнаго различія между ея видами и въ элементахъ объективныхъ. Неправда уголовная посягаетъ на норму права, но всегда и безусловно только въ ея реальномъ бытіи, а потому во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ эта норма ограждаетъ право владѣнія, пользованія или распоряженія со стороны лица извѣстнымъ благомъ, преступленіе по необходимости предполагаетъ посягательство на волю владѣльца права, такъ что отказъ владѣльца таковаго права отъ этого права устраняетъ во всѣхъ этихъ случаяхъ самую преступность посягательства. Съ другой стороны, субъективныя права имѣютъ юридическое значеніе не сами по себѣ, а только какъ проявленіе нормъ, на коихъ они покоятся, а потому не можетъ быть посягательства на субъективное право, не заключающаго посягательства на норму: должникъ, не платящій долгъ, недобросовѣстный владѣлецъ, такъ же нарушаютъ нормы, охраняющія взаимныя отношенія лицъ по поводу вещей, какъ и воръ или поджигатель [1]).

Также трудно построить различіе на противоположеніи посягательствъ на отношенія и посягательствъ на самый корпусъ права. Не говоря уже о неясности этой попытки съ точки зрѣнія общаго ученія о правѣ и его элементахъ, она также не примѣнима къ тому объему уголовной и гражданской неправды, который мы застаемъ въ современныхъ законодательствахъ. Уголовная неправда, говоритъ защитникъ этой доктрины, есть посягательство на вещи, существующія сами по себѣ осязательно, какъ «человѣческое тѣло и цѣлая серія вещей, или внѣшнихъ предметовъ въ собственномъ смыслѣ» (Неклюдовъ, стр. 315), но лицо, разорвавшее по неосторожности чужой сюртукъ, совершаетъ, тѣмъ не менѣе, по нашему праву только гражданскую, а не уголовную неправду, хотя оно несомнѣнно посягаетъ на осязательно существующую вещь, умышленное истребленіе коей образуетъ уголовное дѣяніе. Далѣе, неправда гражданская есть посягательство на отношенія по поводу внѣшнихъ предметовъ, на отношенія, не имѣющія реальнаго бытія, какъ сдѣлки, контракты, обязательства, довѣренности, но, однако, мы знаемъ, что вовлеченіе въ невыгодную сдѣлку составляетъ преступное дѣяніе, равно какъ и принужденіе отказаться отъ какого либо права.

Еще менѣе можно искать принципіальнаго различія неправдъ въ условіяхъ посягательства. Конечно, большинство преступныхъ дѣяній предполагаетъ активное вторженіе въ сферу охраненныхъ правъ, но существованіе преступнаго бездѣйствія устраняетъ возможность придавать этому признаку принципіальное значеніе. Способъ и средства дѣйствія, безъ сомнѣнія, играютъ важную роль въ наказуемости, а иногда даже и въ конструкціи преступныхъ дѣяній, но можемъ ли мы утверждать, что необходимымъ аттрибутомъ уголовной неправды въ отличіе отъ гражданской является обманъ и насиліе (vis и fraus), какъ средства дѣйствія, когда мы знаемъ такія преступленія, какъ богохуленіе, кровосмѣшеніе, поддѣлка монеты и т. п., или когда въ законахъ гражданскихъ мы встрѣчаемъ понятіе о гражданскомъ обманѣ. Наконецъ, можемъ ли мы говорить, что преступное дѣяніе есть неправда абсолютная, когда всѣ кодексы знаютъ разнообразныя ученія о причинахъ, уничтожающихъ преступность, въ родѣ необходимой обороны, крайней необходимости и т. п.

24. Эти соображенія и побудили современную доктрину отказаться отъ попытки принципіально различать оба вида неправдъ, а вынудили ее поставить иное положеніе: что неправда едина и что то, что мы называемъ неправдою уголовною и гражданскою, составляетъ только различные моменты или стороны одного и того же правонарушающаго посягательства [2]).

вспомнить § 226 гражданскаго германскаго уложенія: осуществленіе права не допустимо, если оно имѣетъ цѣлью только причиненіе вреда другому.

[1]) Невозможность нарушенія субъективнаго права безъ нарушенія нормы признаетъ и родоначальникъ этой теоріи Гельшнеръ, въ статьѣ, помѣщенной въ G., 1869 г., стр. 17.

[2]) Это начало нашло себѣ выраженіе, хотя и въ весьма различныхъ построеніяхъ, въ трудахъ и криминалистовъ, и цивилистовъ, какъ, напр., Merkel, Bar, Hertz, Schütze, Liszt, H. Meyer, Janka,

Всякая неправда, какъ посягательство на правовую норму, заключаетъ въ себѣ уголовный моментъ, т. е. виновное посягательство на охраненный правомъ интересъ, неисполненіе велѣній права можетъ вызвать примѣненіе карательнаго права государства; но, какъ было уже указано выше, не всякая уголовная неправда вызываетъ такое примѣненіе, не всякая неправда наказуема: для этого необходимо извѣстное наростаніе вреда и опасности, извѣстное значеніе неправды для общественнаго порядка и спокойствія. Такое посягательство можетъ иногда не затрогивать ничьихъ матеріальныхъ имущественныхъ интересовъ, можетъ сопровождаться вредомъ идеальнымъ, или хотя и реальнымъ, но не имѣющимъ имущественнаго характера, или же такое посягательство сопровождается, прямо или косвенно, разрушеніемъ, или поврежденіемъ имущества или имущественнаго интереса, сопровождается ущербомъ или убыткомъ. Этотъ моментъ посягательства и составляетъ неправду гражданскую, и подобно тому, какъ уголовный моментъ требуетъ устраненія и возмѣщенія ущерба—наказаніемъ, такъ гражданскій требуетъ или возстановленія нарушеннаго права, или уплаты вреда и убытковъ. Съ этой точки зрѣнія неправда гражданская не есть новый родъ неправды, а только ея моментъ; она или конкурируетъ съ наказуемою неправдою, или конкурируетъ съ неправдою уголовною, но не наказуемою [1]).

Если въ неправдѣ заключается какъ наказуемое посягательство на норму въ ея реальномъ бытіи, такъ и причиненіе имущественнаго ущерба, то мы имѣемъ сложную неправду, заключающую въ себѣ и уголовно-наказуемую и гражданскую неправду, таковы, напр., случаи кражи, поджога; если неправда заключаетъ въ себѣ только наказуемое посягательство на норму безъ имущественнаго ущерба, то мы говоримъ о неправдѣ чисто уголовной,—богохуленіе, покушеніе на убійство; наконецъ, если въ посягательствѣ, имѣющемъ имущественный характеръ, моментъ уголовный признается маловажнымъ, ненаказуемымъ, то дѣяніе будетъ исключительно неправдою гражданскою, какъ, напр., неосторожное поврежденіе вещей, неплатежъ долга и т. п.

Далѣе, такъ какъ граница между неправдою уголовно-наказуемою и уголовно-безразличною измѣняется исторически, зависитъ отъ культурныхъ условій даннаго народа, то понятно,что и границы,отдѣляющія неправду сложную, т. е. заключающую въ себѣ и моментъ наказуемой неправды, и моментъ гражданскій, отъ неправды чисто гражданской, опредѣляются также исторически. Только въ этомъ смыслѣ можно согласиться съ Листомъ, § 43 что граница между гражданскою и уголовною неправдами опредѣляется по соображеніямъ цѣлесообразности, что то, что сегодня было исключительно подсудно, какъ гражданскій споръ, суду гражданскому, завтра можетъ быть признано дѣяніемъ уголовно-наказуемымъ. Мы можемъ себѣ представить, въ связи съ условіями общественной культуры, что, напр., въ одномъ періодѣ уголовнаго законодательства всякій обманъ при куплѣ-продажѣ остается не наказуемымъ и влечетъ обязанность гражданскаго вознагражденія; въ другомъ—признаются уже наказуемыми особенно тяжкіе торговые обманы, напр., обманы съ особыми приготовленіями; а въ третьемъ—становится наказуемымъ всякій торговый обманъ, подходящій подъ общія условія наказуемаго мошенничества, такъ что, слѣдовательно, при подобныхъ измѣненіяхъ неправда гражданская переходитъ мало-по-малу въ неправду сложную; но мы не можемъ сказать, что если наказуемое нынѣ дѣяніе, не заключающее въ себѣ имущественнаго ущерба, какъ, напр., недонесеніе о совершеніи нѣкоторыхъ преступныхъ дѣяній, самоубійство и т. п., перестаетъ быть наказуемымъ, то оно становится всегда гражданскою неправдою: оно или остается уголовною, но не наказуемою неправдою, или перестаетъ быть, за исчезновеніемъ самой правовой нормы, правонарушеніемъ.

Каждый изъ моментовъ неправды имѣетъ самостоятельную юридическую структуру, отражающуюся на условіяхъ констатированія и разбирательства неправды, а въ особенности на ея юридическихъ послѣдствіяхъ, на вознагражденіи и наказаніи. При этомъ, конечно, они сохраняютъ, по общему правилу, эти особенности, независимо отъ того, являются ли

Binding въ 1-мъ изданіи Normen, а въ сущности и во 2-мъ, Jhering, Thon, Dahn и др.; изъ нашихъ криминалистовъ—Н. Сергѣевскій, Пособія, стр. 65. Уже многіе изъ прежнихъ криминалистовъ, напр., Генке, ставили твердо то положеніе, что всякая неправда заключаетъ въ себѣ моментъ преступности, но не всякое преступное дѣяніе становится наказуемымъ.

1) Ср. Janka, § 26.

эти моменты самостоятельными, отдѣльными другъ отъ друга, или совмѣстными; но нельзя не замѣтить, что, по крайней мѣрѣ, дѣйствующее право знаетъ и отступленія отъ этого начала. Такъ, гражданское право допускаетъ послѣдствія гражданской неправды, имѣющія карательный характеръ, какъ, напр., личное задержаніе, [и, наоборотъ, въ уголовномъ правѣ встрѣчаются, хотя и въ видѣ изъятія, послѣдствія гражданскаго характера, какъ poena privata, уничтоженіе договоровъ, пеня за фискальныя нарушенія [1]).

§ 3. Виды уголовно-наказуемой неправды.

25. Уголовно-наказуемая неправда составляетъ только видъ преступнаго посягательства на юридическія нормы. Но разсматривая въ современныхъ кодексахъ область дѣяній, запрещенныхъ подъ страхомъ наказанія, мы найдемъ между ними крайнее разнообразіе, какъ по размѣру опредѣляемаго за нихъ наказанія, такъ и по ихъ юридической структурѣ; по тому отношенію, въ которомъ они стоятъ къ охраняемымъ интересамъ, по самой природѣ этихъ интересовъ, даже по тѣмъ условіямъ, при наличности коихъ къ этимъ посягательствамъ примѣняется наказаніе.

Конечно, разнообразіе преступныхъ дѣяній даетъ множество признаковъ, могущихъ служить основою ихъ классификаціи; но въ дальнѣйшемъ изложеніи я остановлюсь только на тѣхъ дѣленіяхъ, которыя имѣютъ значеніе въ теоретическомъ или практическомъ отношеніи, сводя ихъ къ тремъ группамъ: по содержанію дѣяній, по ихъ наказуемости и по условіямъ уголовнаго преслѣдованія [2]).

Въ первой группѣ первое мѣсто занимаетъ попытка различенія уголовныхъ преступленій и полицейскихъ нарушеній, попытка, придававшая иногда полицейской неправдѣ значеніе самостоятельнаго рода неправды, почему многіе нѣмецкіе писатели, а за ними и наши, даже дѣлили неправду вообще на три типа: уголовную, гражданскую и полицейскую, причемъ на этомъ принципіальномъ различіи неправдъ строился рядъ выводовъ по отношенію къ конструкціи отдѣльныхъ ученій общей части уголовнаго права, въ особенности ученія о неосторожной винѣ, о покушеніи, соучастіи и т. д. Эта доктрина имѣла свое выраженіе и въ законодательствахъ, напр., въ нѣмецкихъ партикулярныхъ кодексахъ начала прошлаго столѣтія, а равно-

---

[1]) Такъ же, по моему мнѣнію, конструируется отношеніе неправдъ уголовной и гражданской къ другимъ видамъ неправдъ,—процессуальной и даже дисциплинарной, посколько послѣдняя совмѣщаетъ въ себѣ нарушеніе нормъ права, а не нормъ нравственности или требованій добрыхъ нравовъ и общепринятаго житейскаго обихода. Особенность интересовъ процесса или извѣстнаго единенія людей, образовавшагося въ силу родства, единства религіи, занятій, обязанностей и т. д., интересовъ, нарушаемыхъ какимъ либо посягательствомъ на охраняющую ихъ правовую норму, вызывая послѣдствія карательно-процессуальныя или дисциплинарныя, создаетъ особый моментъ этого рода посягательства или особую ихъ сторону, но не образуетъ особаго, принципіально отличнаго отъ уголовно-наказуемаго рода неправды. Если въ нарушеніи заключается неправда уголовно-наказуемая, гражданская и дисциплинарная, то мы имѣемъ неправду смѣшанную; если первые два момента отсутствуютъ, то мы имѣемъ неправду исключительно дисциплинарную и т. д.

[2]) О различныхъ старыхъ и новыхъ практическихъ и теоретическихъ дѣленіяхъ преступныхъ дѣйствій на виды у Бернера, §§ 73 и 74, Гейба, § 85, Спасовича, § 35, а равно и въ другихъ учебникахъ. Въ особенности подробно останавливаются на этомъ вопросѣ французскіе криминалисты. Ср. Garraud, № 84 и сл. Normand, стр. 110—144; Thiry, стр. 138—165; въ особенности Prins, Science., стр. 75.

и въ нашемъ уложеніи 1845 г. Но нынѣ въ доктринѣ это дѣленіе отошло на второй планъ, а вмѣстѣ съ тѣмъ, за признаніемъ его практической несущественности, исключено изъ новыхъ кодексовъ, а въ томъ числѣ и изъ нашего дѣйствующаго уложенія.

Основанія для такого принципіальнаго раздѣленія неправдъ уголовной и полицейской указываются весьма различныя [1]). Неправда уголовная, говорятъ сторонники этого дѣленія, есть неправда матеріальная, неправда полицейская—формальная, сходная въ этомъ отношеніи съ неправдою гражданскою: тамъ, гдѣ рѣчь идетъ объ убійствѣ, поджогѣ, изнасилованіи и т. п., существеннымъ моментомъ, опредѣляющимъ преступность и наказуемость, является преступная воля; мы не только рѣзко различаемъ по наказуемости убійство умышленное и неосторожное, но и въ умышленномъ существенно оттѣняемъ запальчивость и хладнокровіе, различаемъ мотивы, руководившіе убійцею: корысть и ревность, отплата за нанесенное оскорбленіе, все это является условіями, вліяющими на мѣру отвѣтственности; но можемъ ли мы представить себѣ, чтобы судья, опредѣляющій наказаніе за куреніе въ недозволенномъ мѣстѣ, или за неочистку хозяиномъ дома выгребной ямы, занялся изслѣдованіемъ того, было ли это нарушеніе выраженіемъ злой воли или простой небрежности, а тѣмъ болѣе остановился бы на установленіи оттѣнковъ умысла, мотивовъ. Далѣе, въ уголовныхъ преступленіяхъ наказанія падаютъ на личность виновнаго и притомъ на важнѣйшія изъ благъ личности, каковы, напр., жизнь, свобода, правоспособность, а наказанія полицейскія главнымъ образомъ состоятъ изъ денежныхъ взысканій, или изъ маловажныхъ ограниченій свободы; поэтому, налагая большинство уголовныхъ наказаній, государство не только заботится объ интересахъ общественныхъ, но пытается воздѣйствовать и на личность преступника, но какими пенитенціарными цѣлями можетъ задаваться оно, назначая 5 или 10 рублей пени, или сажая на 3 или 5 дней подъ арестъ? Воспрещенія закона, относящіяся къ убійству, поддѣлкѣ монеты, изнасилованію, одинаково распространяются на всѣ части государства, равнымъ образомъ дѣйствуютъ и въ городахъ, и въ селахъ; мало того, большая часть такихъ велѣній имѣетъ международное значеніе, потому что охрана важнѣйшихъ благъ личности установляется одинаково всѣми европейскими кодексами; но можно ли то же сказать о нормахъ полицейскихъ? Правила надзора за благочиніемъ и порядкомъ, конечно, зависятъ отъ мѣста, къ коему они относятся: нельзя себѣ представить одинаковыя правила о соблюденіи чистоты на улицахъ для Петербурга и какой либо деревни, нельзя распространить правила о предупрежденіи филлоксеры на Архангельскую губернію и т. п. Наконецъ, поджогъ, убійство въ основныхъ условіяхъ своего состава остаются нынѣ тѣми же, какими ихъ знало уложеніе царя Алексѣя Михайловича; а какъ много разъ измѣнялись въ какія нибудь двадцать пять лѣтъ нарушенія правилъ акцизныхъ или благоустройства; общая сумма уголовныхъ преступленій остается въ кодексахъ почти неизмѣнною, а число полицейскихъ нарушеній растетъ непрерывно [2]).

Однако, ближайшее разсмотрѣніе основаній, на которыхъ пытались построить принципіальное различіе неправды, уголовной и полицейской, приводитъ къ убѣжденію, что здѣсь можно только найти различіе оттѣнковъ наказуемыхъ дѣяній, а отнюдь не родовое принципіальное различіе.

Уголовная неправда, какъ говоритъ Кестлинъ (§ 2) и его сторонники, есть дѣйствительная неправда (wirkliches Unrecht), а полицейская неправда только возможная (mögliches Unrecht); въ ней выражается воля, могущая быть согласною и несогласною съ велѣніями права, почему эта неправда и занимаетъ среднее мѣсто между безсознательною гражданскою неправдою и сознательною уголовною неправдою. Но такое опредѣленіе покоится на очевидномъ недоразумѣніи. Какъ неисполненіе велѣній авторитетной воли, получившей

---

1) Ср. обзоръ постановки этого вопроса въ нѣмецкой доктринѣ у Binding'a, Normen, § 48; Merkel, Abhandlungen I, стр. 75; Hälschner, I, стр. 15; Janka, § 28, 4; Guderian, Kriminelles und polizeiliches Unrecht, L. Z. XXI, стр. 828 и сл.

2) Эта измѣняемость полицейскихъ нарушеній по мѣсту и во времени подробно и обстоятельно очерчена у Ортолана, № 613 и сл. Онъ смотритъ на полицейскія нарушенія, какъ на дѣйствія, препятствующія органамъ власти осуществлять ихъ обязанности по доставленію безопасности и благосостоянія гражданамъ.

свое выраженіе въ законѣ, полицейская неправда является не возможнымъ, а реальнымъ противодѣйствіемъ правовымъ требованіямъ, является такимъ же сознательнымъ отклоненіемъ частной воли отъ общей, какъ и неправда уголовная. Одна только возможная неправда, возможное нарушеніе закона можетъ вызвать предупредительныя мѣры, а не наказаніе. По какимъ юридическимъ основаніямъ будетъ карать государство за одну возможную, а не дѣйствительную преступность? Если же относить элементъ возможности не къ велѣніямъ права, а къ вреду для охраненнаго правомъ интереса, то, конечно, такое различіе получаетъ почву, но тогда мы переходимъ къ иному основанію принципіальнаго различія неправдъ.

Неправда уголовная, говорятъ другіе сторонники принципіальнаго отличія неправды полицейской, посягаетъ на самые интересы, охраняемые правомъ, вся сущность ея заключается въ причиненіи вреда этимъ интересамъ; неправда полицейская создаетъ для нихъ только опасность; уголовная неправда есть дѣяніе вредоносное, а полицейская—опасное. Ея существеннымъ признакомъ является не вредъ, а непослушаніе. Въ этомъ смыслѣ уголовная неправда есть нарушеніе права (Rechtsverletzung), а полицейская—нарушеніе закона (Gesetzübertretung). Первая посягаетъ на чье либо право, а вторая—на постановленія, ограждающія права. Дѣйствительно, какъ было указано выше, нормы права охраняютъ интересы или отъ вреда, прямо имъ грозящаго, или отъ опасности вреда и притомъ опасности, болѣе или менѣе отдаленной. Но и это различіе, по моему мнѣнію, непригодно создать принципіальную разность обѣихъ этихъ группъ. Прежде всего, при такой постановкѣ объемъ уголовныхъ и полицейскихъ нарушеній представляется совершенно отличнымъ отъ объективныхъ житейскихъ понятій объ этихъ видахъ преступныхъ дѣяній. Такъ, къ числу интересовъ, ограждаемыхъ правомъ, относится, напр., общественная тишина, стыдливость, благопристойность, а потому ночной крикъ на улицѣ, публичная ругань, исполненіе на публичной сценѣ канкана, будутъ съ этой точки зрѣнія вредоносными, и, слѣдовательно, уголовными, а не полицейскими нарушеніями; наоборотъ, неудавшееся покушеніе на убійство будетъ дѣяніемъ, не вредящимъ жизни, какъ охраненному интересу, а только опаснымъ для него. Какъ часто дѣяніе, вредящее одному благу, грозитъ опасностью другому: поджогъ обитаемаго дома наказывается сильнѣе поджога необитаемаго строенія, потому что въ первомъ случаѣ, вмѣстѣ съ вредомъ имуществу, существуетъ опасность для жизни, и даже трудно сказать, который изъ этихъ моментовъ представляется болѣе важнымъ; наконецъ, нельзя забывать, что моментъ опасности есть существенный факторъ, опредѣляющій размѣръ отвѣтственности за дѣянія вредоносныя [1]). Названіе полицейской неправды закононарушеніемъ, въ противоположность правонарушенію, также неточно и можетъ повести къ крайне нежелательнымъ послѣдствіямъ, такъ какъ очевидно, что и полицейскіе запреты опредѣляются не одною волею законодателя, а также существомъ интереса, охраняемаго правомъ; соотношеніе этихъ запретовъ съ охраняемымъ интересомъ съ одной стороны, и съ интересами, стѣсняемыми или ограничиваемыми при таковой охранѣ, съ другой, составляетъ единственный критерій для жизненной оцѣнки подобныхъ запретовъ. Шаткость этой основы дѣленія объясняетъ и различіе объема, придаваемаго полицейскимъ нарушеніямъ писателями этой группы. Такъ, Фейербахъ, Грольманъ, Кестлинъ, Зеегеръ признаютъ полицейскою неправдою всѣ преступныя дѣянія, въ коихъ не заключается нарушенія субъективнаго права, а Вехтеръ только тѣ, которыя не заключаютъ въ себѣ не только нарушенія чьихъ либо правъ, но и не посягаютъ на нравственные элементы общежитія.

Такъ же неустойчивы и другіе признаки различія.

Несомнѣнно, что полицейскіе приказы и запреты измѣнчивы и по мѣсту, и во времени, но и этотъ признакъ не представляется существеннымъ или основнымъ. Можно ли сказать, что уголовная неправда вездѣ и всегда одинакова, что велѣнія, нарушаемыя ею, абсолютны, что уголовная неправда объемлетъ mala in se естественнаго права? Такое утвержденіе было бы не вѣрно. Убійство есть тягчайшее изъ преступленій противъ личности, его наказуемость по общему правилу не зависитъ отъ условій или мѣста его учиненія, но, однако, мы знаемъ случаи умышленнаго лишенія жизни, не почитаемые преступными,

---

[1]) Подробно и обстоятельно разобрано значеніе опасности, какъ момента преступнаго дѣянія, у Гельшнера, §§ 183, 184; Binding, Normen, § 53.

какъ, напр., въ необходимой оборонѣ, или даже требуемые обязанностями лица, какъ, напр., лишеніе жизни непріятеля въ сраженіи. Мы почитаемъ тягчайшимъ видомъ убійства убійство родителей или законныхъ дѣтей, хотя бы при самомъ ихъ рожденіи; но исторія и этнографія свидѣтельствуютъ намъ, что при извѣстныхъ условіяхъ культуры убійство престарѣлыхъ или новорожденныхъ не почитается преступнымъ. Стоитъ только сравнить какой либо средневѣковый и современный кодексы, чтобы наглядно убѣдиться въ нарожденіи и вымираніи уголовной неправды въ тѣсномъ смыслѣ.

Далѣе, конечно, нельзя поставить на одну доску поджигателя, убійцу и лицо, выпустившее, положимъ, безъ предварительной цензуры сочиненіе, само по себѣ и не преступное, но не заключающее полныхъ десяти листовъ, или хозяина дома, своевременно не зажегшаго фонаря на черной лѣстницѣ; нельзя проводить аналогію между ними ни по отношенію къ проявленной ими преступности, ни по отношенію къ соціальному значенію ихъ поступка, опредѣляющему наказуемость. Но можемъ ли мы принять это отличіе основою принципіальнаго различія неправдъ, признавая, напр., уголовною неправдою только безнравственныя посягательства? Можетъ ли мы утверждать, что всякая дуэль, хотя бы кончившаяся смертью, есть безнравственное дѣяніе, и что, напр., эльзасецъ, участвовавшій въ заговорѣ, составившемся въ Эльзасѣ для возсоединенія его съ Франціей, и даже пытавшійся насильственно осуществить это измѣнническое предпріятіе, совершаетъ безнравственное дѣяніе? Если же нѣтъ, то мы должны будемъ отнести эти дѣянія къ полицейскимъ нарушеніямъ. Съ другой стороны, торговецъ шкурами, во время существованія скотскаго падежа, сдирающій и продающій шкуру съ завѣдомо палой отъ заразы скотины, совершаетъ поступокъ, едва ли безразличный съ точки зрѣнія нравственности. Различеніе же дѣяній съ точки зрѣнія соціальнаго зла, выражающагося въ наказуемости, приведетъ насъ къ дѣленію по внѣшнимъ признакамъ, которое будетъ разсмотрѣно далѣе, а не по внутреннимъ, такъ какъ тогда, напр., дѣянія вредоносныя, какъ простое истребленіе движимости, самовольное пользованіе, станутъ въ одну группу съ массою нарушеній полицейскихъ постановленій, и, наоборотъ, нарушенія мѣръ, предупреждающихъ распространеніе эпидеміи или эпизоотіи, отнесутся въ одну группу съ сравнительно тяжкими вредоносными дѣяніями, какъ, напр., съ кражею, подлогомъ и т. п.

Наконецъ, несомнѣнно, что при неправдѣ полицейской въ большей части случаевъ при наказуемости не различаются оттѣнки вины, но это отнюдь не составляетъ общаго правила. Утверждать же, что при этомъ преступность опредѣляется только однимъ бытіемъ матеріальнаго факта, значитъ ставить положеніе и теоретически невѣрное, и практически опасное: общія условія вмѣняемости и вмѣненія сохраняютъ свою полную силу для всѣхъ оттѣнковъ уголовно-наказуемой неправды, и случайно или по принужденію учиненное полицейское нарушеніе столь же не наказуемо, какъ и случайно учиненное уголовное преступленіе.

Такимъ образомъ, уголовныя и полицейскія посягательства представляются особою группою уголовно-наказуемыхъ дѣяній, а отнюдь не отдѣльными родами неправды. Уголовно-наказуемыя дѣянія могутъ посягать на юридическіе интересы, признаваемые существенными условіями даннаго общежитія, или же они могутъ являться противодѣйствіемъ мѣрамъ правительства, предпринимаемымъ для охраны этихъ интересовъ или для поддержанія порядка и спокойствія въ государствѣ [1]); въ первомъ случаѣ можно говорить объ уголовныхъ правонарушеніяхъ, а въ второмъ о полицейскихъ, но и въ установленныхъ размѣрахъ это дѣленіе скорѣе имѣетъ теоретическое, а не практическое значеніе.

Въ нашемъ законодательствѣ первое указаніе на необходимость различенія полицейской и уголовной неправды въ законѣ было сдѣлано графомъ Сперанскимъ въ изъясненіяхъ, представленныхъ имъ при разсмотрѣніи въ 1824 г. въ департаментѣ законовъ проекта уголовнаго уложенія, но, затѣмъ, въ сводѣ законовъ оно не нашло себѣ выраженія и впервые было внесено въ наше право только при составленіи уложенія о наказаніяхъ 1845 г.

Въ немъ эти постановленія (ст. 1 и 2) были редактированы такъ: «Всякое нарушеніе

---

1) За несуществованіе принципіальнаго различія этихъ неправдъ высказался еще Stübel въ статьѣ, помѣщенной въ N. A. d. cr. R. 1825 (VIII), Ueber gefährliche Handlungen als für sich bestehende Verbrechen.

закона, черезъ которое посягается на неприкосновенность правъ власти верховной и установленныхъ ею властей, или же на право или безопасность общества или частныхъ лицъ, есть преступленіе; нарушеніе правилъ, предписанныхъ для охраненія опредѣленныхъ законами правъ и общественной или же личной безопасности или пользы, именуется проступкомъ».

Такимъ образомъ, какъ видно и изъ самой конструкціи статей, это дѣленіе пріобрѣтало не только доктринальное, но какъ бы и практическое значеніе: слова—«преступленіе» и «проступокъ», опредѣленныя въ этихъ статьяхъ, получали значеніе юридическихъ терминовъ и на первый взглядъ давали примѣнителю закона право въ дальнѣйшихъ статьяхъ уложенія, гдѣ встрѣчались эти слова, придавать каждому изъ нихъ указанный выше ограниченный объемъ.

На эту точку зрѣнія и стали нѣкоторые изъ нашихъ криминалистовъ: Н. Неклюдовъ [1]) и А. Лохвицкій [2]), утверждая, что только этимъ путемъ могутъ быть рѣшены нѣкоторые капитальнѣйшіе вопросы общей части, что въ силу этой терминологіи по нашему уложенію не наказуемо покушеніе на проступки, соучастіе въ проступкахъ и т. д.

Но такое толкованіе, при ближайшемъ разсмотрѣніи уложенія, представлялось лишеннымъ основанія, потому что въ уложеніи 1845 г. не существовало твердо выдержанной терминологіи. Даже поверхностный обзоръ перваго раздѣла уложенія 1845 г. указывалъ, что выраженія «преступленіе» и «проступокъ» употреблялись въ немъ то въ видовомъ значеніи, то для выраженія понятія о преступномъ дѣяніи вообще. Въ особенности съ наглядностью можно было видѣть это въ постановленіяхъ о власти суда при примѣненіи наказанія (ст. 147—150 по изд. 1885 г.), гдѣ законъ говорилъ только о преступленіяхъ, оставляя при такомъ толкованіи судей безъ всякаго руководства при опредѣленіи отвѣтственности за проступки; въ статьѣ о совокупности (до закона 1892 г.), въ коей въ общемъ положеніи говорилось только о совокупности преступленій, а въ спеціальныхъ (п.п. 7 и 8) о совокупности проступковъ; въ постановленіяхъ о давности (ст. 158), на основаніи коихъ пришлось бы заключить, что наше право не признаетъ давности преступленій, за которыя положено наказаніе ниже тюрьмы, или проступковъ, обложенныхъ болѣе тяжкими наказаніями и т. д.

Съ изданіемъ въ 1864 г. устава о наказаніяхъ, налагаемыхъ мировыми судьями, это различіе потеряло послѣднюю почву, такъ какъ въ 1-й же статьѣ устава слово «проступокъ» было употреблено для означенія всѣхъ маловажныхъ преступныхъ дѣяній. Поэтому, второе отдѣленіе Его Императорскаго Величества канцеляріи въ объяснительной запискѣ о согласованіи уложенія и устава, въ виду практической безполезности этихъ опредѣленій, предположило ихъ исключить изъ уложенія [3]); это предположеніе было принято 1-мъ пунктомъ Высочайше утвержденнаго мнѣнія Государственнаго Совѣта отъ 27 Декабря 1865 г., почему эти статьи и не вошли въ изданія уложенія 1866 и 1885 гг. Но такъ какъ и послѣ введенія судебныхъ уставовъ въ судебной практикѣ пытались придавать этимъ словамъ техническое значеніе, то уголовный кассаціонный департаментъ Правительствующаго Сената въ рѣшеніяхъ 1868 г. за № 10, по дѣлу Ефимова, и 1874 № 46 (по о. с.) категорически разъяснилъ, что въ уложеніи 1845 г. слово преступленіе не противополагается слову проступокъ. Въ уложеніе же дѣйствующее это дѣленіе вовсе не включено.

Другое дѣленіе преступныхъ дѣяній также по ихъ содержанію основывается на различіи интересовъ, охраняемыхъ юридическими нормами. Какъ было замѣчено выше, блага или права, охраняемыя нормами, могутъ принадлежать или частнымъ физическимъ или юридическимъ лицамъ, или разнаго рода общественнымъ единеніямъ, или цѣлому государству, отчего и преступныя

---

[1]) Онъ высказалъ этотъ взглядъ, еще въ 1865 г., въ приложеніяхъ къ переводу учебника Бернера, стр. 328, спеціально о покушеніи, стр. 505, и о соучастіи, стр. 532. Ту же теорію проводилъ онъ и въ своемъ руководствѣ для мировыхъ судей, 2 изд., 1874 г., стр. 73, и въ конспектѣ общей части, 1875 г., стр. 16, 64, 67, 78.

[2]) Въ особенности въ 1-мъ изданіи своего курса 1867 г.

[3]) Эти мотивы напечатаны во 2-мъ изданіи судебныхъ уставовъ, сдѣланномъ государственною канцеляріею, 1867, т. IV, стр. 143.

дѣянія могутъ быть сводимы къ тремъ группамъ: частныхъ, общественныхъ и государственныхъ [1]). Самые интересы, охраняемые нормами, могутъ являться или въ точно опредѣленной и рельефно выраженной въ уголовномъ законѣ формѣ, или же преступное посягательство можетъ касаться нѣсколькихъ интересовъ и, благодаря своей экстенсивности, представляться неопредѣленнымъ: отсюда долго державшееся въ нѣмецкой доктринѣ фейербаховское раздѣленіе преступныхъ дѣяній на опредѣленныя (determinirte) и неопредѣленныя (wage Verbrechen). Иногда эта неопредѣленность получаетъ такое значеніе, что на первый планъ при характеристикѣ преступнаго дѣянія выдвигается не нарушенный интересъ, а способъ или обстановка нарушенія, какъ, напр., при подлогѣ, или, въ прежнее время, въ конструкціи ложныхъ поступковъ, злоупотребленій присягою. Далѣе, различіе можетъ заключаться въ субъектахъ, для которыхъ доступно посягательство на извѣстный интересъ, почему возможно различіе общихъ преступныхъ дѣяній, коихъ учиненіе возможно для каждаго гражданина, и спеціальныхъ, предполагающихъ особое положеніе въ государствѣ лица, ихъ учинившаго и т. д. Но всѣ эти дѣленія не представляютъ интереса для общаго ученія о преступленіи ни въ практическомъ, ни въ теоретическомъ отношеніяхъ и могутъ быть приняты во вниманіе только при изученіи отдѣльныхъ видовъ преступности.

26. Болѣе практическаго значенія имѣетъ дѣленіе преступныхъ дѣяній по ихъ наказуемости.

Наиболѣе опредѣлительно это дѣленіе было поставлено въ законодательствѣ французскомъ [2]). Сформировавшись мало-по-малу въ эпоху ордонансовъ, оно было формулировано въ кодексѣ 3-го брюмера IV года и положено въ основаніе code pénal, съ усвоеніемъ каждому виду спеціальнаго наименованія. На основаніи статьи 1-й, преступное дѣяніе (infraction), которое законъ караетъ полицейскими наказаніями, составляетъ нарушеніе (contrevention); то, которое карается наказаніями исправительными, есть проступокъ (délit), а то, которое подлежитъ наказаніямъ тѣлеснымъ или обезчещивающимъ, есть преступленіе (crime). Самое содержаніе каждой группы наказаній опредѣляется далѣе съ точностью въ самомъ законѣ, причемъ подъ устарѣлый терминъ «тѣлесныхъ наказаній» (peines afflictives) [3]) подводятся: смертная казнь, les travaux forcés, la déportation, la détention и la réclusion. Это трехчленное дѣленіе было усвоено въ ближайшемъ по времени къ французскому кодексу знаменитомъ баварскомъ уложеніи 1813 г., причемъ кодексъ любопытнымъ образомъ старался согласовать это формальное дѣленіе съ матеріальнымъ. Статья 2-я постановляла: всѣ преступныя дѣянія суть или преступленія (Verbrechen), или проступки (Vergehen), или нарушенія (Polizeiübertretungen). Всѣ умышленныя правонарушенія, за которыя, въ виду ихъ свойства и важности, законъ угрожаетъ: смертною казнью, Kettenstrafe, Zuchthaus, Arbeitshaus, Festungstrafe съ лишеніемъ должности и права поступать на государственную или общественную службу, именуются преступленіями; подъ проступками понимаются всѣ злоумышленныя, а равно и тѣ умышленныя правонарушенія, за которыя, въ виду ихъ малой преступности, назначается тюрьма, тѣлесное наказаніе, денежная пеня или другое незначительное взысканіе. Дѣянія или бездѣйствія, которыя, хотя сами по себѣ права государства или его подданныхъ не нарушаютъ, но, однако, въ виду ихъ опасности

---

1) Французскіе криминалисты въ особенности выдвигаютъ различіе délits communs съ одной и délits politiques et de la presse—съ другой стороны.

2) Исторія этого дѣленія преступныхъ дѣяній по французскому кодексу у Ортолана, № 667 и сл.; Garraud, № 84—86.

3) Кодексъ бельгійскій замѣняетъ этотъ терминъ выраженіемъ—les peines criminelles.

для правоваго порядка и безопасности, запрещены подъ страхомъ наказанія, а равно и тѣ маловажныя правонарушенія, разслѣдованіе и наказаніе коихъ по спеціальнымъ законамъ возложено на полицейскія установленія, именуются полицейскими нарушеніями.

Затѣмъ, формальное дѣленіе не только перешло во всѣ кодексы романской семьи: бельгійскій, испанскій, но было усвоено и важнѣйшими изъ партикулярныхъ новыхъ нѣмецкихъ кодексовъ — прусскимъ 1851 и баварскимъ 1861 и, наконецъ, несмотря на оппозицію нѣмецкихъ ученыхъ [1]), принято германскимъ уложеніемъ, которое въ § 1 ѣлитъ всѣ преступныя дѣянія на три группы, исключительно по ихъ наказуемости. Это дѣленіе усвоено и кодексомъ венгерскимъ 1879 г., выдѣлившимъ только низшую группу нарушеній въ особый полицейскій кодексъ. Кодексъ голландскій 1881 г., хотя также принялъ въ сущности формальное дѣленіе, но допустилъ только двухчленное, а не трехчленное дѣленіе [2]). Двухчленное дѣленіе принято также и итальянскимъ кодексомъ, который въ статьѣ 1-ой раздѣляетъ всѣ преступныя дѣянія на délits и contraventions, оставляя оба понятія безъ опредѣленія, но различая, однако, въ ст. 11 наказанія, назначаемыя за тѣ и другія, въ силу чего самое дѣленіе становится построеннымъ на наказуемости, т. е. формальнымъ. Норвежскій проектъ, § 2, вводитъ двойное дѣленіе, но также на формальномъ основаніи размѣровъ отвѣтственности; принятіе же двухчленнаго дѣленія объясняется крайнею простотою системы наказаній, къ которымъ отнесены только: тюрьма, арестъ и денежная пеня.

Наше старое право, конечно, не могло выработать дѣленія преступныхъ дѣяній по наказуемости, оно даже не имѣло особаго термина для ихъ обозначенія: въ древнѣйшихъ памятникахъ въ болѣе общемъ смыслѣ употреблялось выраженіе «обида»; въ эпоху судебниковъ «лихое дѣло», «головщина»; въ эпоху уложенія царя Алексѣя Михаиловича «воровство». При Петрѣ Великомъ появляются слова «преступленіе» и «проступокъ»; далѣе, при Екатеринѣ I употребляется выраженіе «злодѣяніе», подъ коимъ велѣно подразумѣвать: богохульство и церковный мятежъ, слова противныя на государя и его фамилію, смертоубійство, разбой и кражу съ поличнымъ».

Въ рескриптѣ 5 Іюля 1811 г. (П. С. З. № 24707), данномъ на имя Тверскаго генералъ-губернатора, принца Ольденбургскаго, всѣ преступленія раздѣлены на три степени: 1) кои подвергаютъ гражданской смерти или каторжной работѣ, какъ-то: смертоубійство, разбой, возмущеніе, лихоимство и проч.; 2) за коими слѣдуетъ ссылка въ Сибирь на поселеніе или отдача въ военную службу, какъ-то: кража не свыше ста руб., бродяжничество и проч.; 3) кои наказуются легкими тѣлесными наказаніями, рабочими и смирительными домами, какъ-то: маловажная кража, мошенничество и проч. [3]). Но это весьма, впрочемъ, неполное дѣленіе не перешло въ сводъ законовъ уголовныхъ, который въ ст. 2 принялъ такую формулу: «дѣянія, запрещенныя подъ страхомъ легкаго тѣлеснаго наказанія или полицейскаго исправленія, именуются въ законѣ маловажными преступленіями или проступками для различія отъ преступленій или наказаній уголовныхъ».

---

1) Возраженія приведены въ статьѣ Шварце, «Der Entwurf des Strafgesetzbuchs» въ G. 1870, стр. 161.

2) Хотя въ мотивахъ коммисіи указывалось, что замѣна трехчленнаго дѣленія двухчленнымъ является измѣненіемъ по существу, такъ какъ оно основывается на различіи дѣяній, дѣлающихся преступными на основаніи существа права или же только на основаніи закона. Ср. Swinderer, стр. 116. Но это принципіальное значеніе различія не нашло себѣ выраженія въ текстѣ.

3) Трехчленное дѣленіе, тождественное съ французскимъ, было принято въ уложеніи 1818 г. для Царства-Польскаго.

Редакторы уложенія 1845 г., какъ было указано выше, отбросили это дѣленіе, но дѣйствующее уложеніе возвращается къ системѣ свода законовъ. Статья 3 проекта постановляла: преступныя дѣянія, за которыя въ законѣ опредѣлены, какъ высшее наказаніе,—смертная казнь, каторга или поселеніе, именуются преступленіями; за кои опредѣлены, какъ высшее наказаніе,—исправительный домъ, крѣпость или тюрьма, именуются проступками, а тѣ, за которыя опредѣлены—арестъ или денежная пеня, именуются нарушеніями. Государственный Совѣтъ сохранилъ это дѣленіе, но измѣнилъ, не особенно удачно, наименованіе отдѣльныхъ видовъ, назвавъ ихъ: тяжкое преступленіе, преступленіе, проступокъ.

Такимъ образомъ, это дѣленіе обошло всю континентальную Европу и получило повсемѣстное признаніе, несмотря на сильныя возраженія, приводимыя противъ него теоретиками. Извѣстенъ упрекъ, сдѣланный французскому дѣленію криминалистомъ Росси [1]); «дѣленіе наказуемыхъ дѣяній, говоритъ онъ, на преступленія, проступки и нарушенія, дѣленіе, основанное на чисто матеріальномъ и произвольномъ различіи наказанія, одно уже вполнѣ обнаруживаетъ, какъ намъ кажется, направленіе кодекса и законодателя. Ввести такое дѣленіе значитъ сказать обществу: не трудитесь изслѣдовать внутреннюю природу человѣческихъ дѣяній, смотрите на власть: если она рубитъ голову кому либо, вы должны заключать, что этотъ человѣкъ великій злодѣй. Въ этомъ высказывается такое презрѣніе къ человѣчеству, такое притязаніе на деспотизмъ во всемъ, даже въ нравственности, что можно, безъ особой смѣлости, судить о духѣ цѣлаго кодекса по первой его статьѣ [2])».

Конечно, нельзя не сказать, что трехчленное дѣленіе представляется формальнымъ, въ особенности съ точки зрѣнія судьи, исполнителя закона, но тѣмъ не менѣе упрекъ, дѣлаемый Росси, едва-ли справедливъ, потому что законодатель, вводя классификацію преступныхъ дѣяній, дѣлаетъ это не произвольно, а по соображенію съ существомъ дѣяній. Законъ дѣйствительно заставляетъ признавать какое либо нарушеніе тяжкимъ злодѣяніемъ не по его существу, а только потому, назначены ли за него каторга или поселеніе; но при этомъ не надо забывать, что когда законодатель назначаетъ какое либо наказаніе за то или другое преступное дѣяніе, то онъ предварительно оцѣниваетъ важность нарушеннаго права, опасность и испорченность воли и т. п., такъ что подкладкою формальнаго трехчленнаго дѣленія является оцѣнка внутренняго значенія каждаго правонарушенія; поэтому, напр., въ область

---

1) Traité du droit pénal, изд. 1855, I, стр. 42.

2) Такія же возраженія противъ этого дѣленія приводятъ Boitard, № 16 и сл.; Trébutien, № 173 и сл.; напротивъ того, въ защиту этого дѣленія высказываются: Ortolan, № 657 и сл.; Bertauld, стр. 115 и сл.; Garraud, № 85 и сл.; Lainé, № 103; Normand, стр. 112; Molinier, I, стр. 217 и сл.; Haus, № 318. Въ Германіи къ этимъ возраженіямъ присоединились еще жалобы на то, что это институтъ чужеземный, заимствованный, и заимствованный притомъ изъ французскаго права, такъ что въ мотивахъ къ германскому кодексу пришлось доказывать, что это дѣленіе старонѣмецкое и даже старосаксонское. Главнѣйшими противниками этого дѣленія изъ новыхъ нѣмецкихъ криминалистовъ являются Geyer, Grundriss, 1884 г., стр. 84; Schütze, стр. 84 и Binding; послѣдній въ Handbuch, § 113, считаетъ это дѣленіе даже практически вреднымъ. Въ защиту этого дѣленія изъ нѣмецкихъ писателей высказались: Berner, Schwarze, Hugo Meyer, O. Meyer, Bedeutung und Werth der Dreitheilung der strafbaren Handlungen 1891 г.

тяжкихъ преступленій естественно отходятъ дѣянія, выказывающія особенно опасную злую волю, закоренѣлую привычку къ преступленію, или причиняющія важный по своимъ послѣдствіямъ вредъ обществу, нарушающія наиболѣе цѣнныя блага отдѣльныхъ лицъ, а потому и облагаемыя смертною казнью, каторгою или поселеніемъ. Напротивъ того, къ области незначительныхъ нарушеній могутъ быть отнесены такія дѣянія, въ которыхъ проявляется небрежность и легкомысліе, или которыя заключаютъ въ себѣ простое ослушаніе велѣніямъ законовъ, ограждающихъ безопасность и спокойствіе, или которыя нарушаютъ лишь имущественные интересы казны, или хотя и причиняютъ кому либо вредъ, но, по существу своему, совершенно незначительный; таковы, напр., дѣянія, облагаемыя арестомъ или денежною пенею. Центральная же группа преступленій будетъ охватывать какъ бы средній типъ преступныхъ дѣяній, напр., посягательства на чью либо жизнь, бывшія результатомъ запальчивости, аффекта; различные виды захватовъ чужой собственности, не сопровождавшіеся особо отягчающими обстоятельствами и т. д. [1]).

Кромѣ того, нельзя не имѣть въ виду, что законодатель, вводя это дѣленіе, вовсе не желаетъ дѣлать этимъ путемъ нравственную или юридическую характеристику преступныхъ дѣяній, а стремится только къ извѣстнымъ практическимъ выгодамъ.

Къ такимъ выгодамъ относится прежде всего установленіе строгаго соотношенія между подсудностью и тройственнымъ дѣленіемъ преступныхъ дѣяній, благодаря чему этотъ спорный вопросъ получаетъ ясную и простую постановку. Таково значеніе даннаго дѣленія во Франціи и Бельгіи, гдѣ нарушенія подсудны простымъ полицейскимъ судамъ, проступки—суду полиціи исправительной и преступленія—суду съ присяжными. Но такое соотношеніе не принято въ кодексѣ германскомъ и не можетъ быть вполнѣ усвоено нами, такъ какъ компетентность единоличныхъ судей не ограничена одними проступками, а распространена и на нѣкоторыя преступленія; равнымъ образомъ, и компетентность присяжныхъ засѣдателей общаго и особаго состава объемлетъ не только тяжкія преступленія, но и преступленія, караемыя исправительнымъ домомъ.

Другая выгода этого дѣленія техническаго характера. Установляя для извѣстной группы преступныхъ дѣяній спеціальное наименованіе, законодатель даетъ возможность въ цѣломъ рядѣ статей, вмѣсто длиннаго перечня преступныхъ дѣяній, къ коимъ относится данное постановленіе, ограничиться указаніемъ на принятые имъ общіе термины; поэтому, это дѣленіе значительно упрощаетъ и облегчаетъ редакцію статей. Такое значеніе имѣетъ, напр., эта терминологія въ постановленіяхъ уложенія о предѣлахъ дѣйствія закона, о выдачѣ, о покушеніи, о соучастіи, о давности и т. п.; оно оказало свое вліяніе и на статьи устава уголовнаго производства, при его пересмотрѣ.

При этомъ, конечно, такое значеніе имѣетъ какъ трехчленное, такъ и

---

[1]) Ср. объясненія редакціонной коммисіи къ ст. 3 проекта уголовнаго уложенія; возраженія нѣмецкихъ криминалистовъ, въ особенности Гейера, противъ этого постановленія въ сводѣ замѣчаній, I, стр. 129 и сл.

двухчленное дѣленіе, какъ скоро послѣднее основано на наказуемости преступныхъ дѣяній. Поднявшійся въ послѣднее время въ литературѣ и въ законодательныхъ коммисіяхъ споръ о преимуществахъ двухчленнаго дѣленія не имѣетъ существеннаго значенія, пока мы будемъ стоять на формальныхъ основаніяхъ, и его рѣшеніе, по моему мнѣнію, стоитъ въ прямой зависимости отъ большей или меньшей сложности лѣстницы наказаній и отъ расчлененія судовъ первой степени; для нашего уложенія, при его системѣ наказаній, трехчленное дѣленіе, по моему мнѣнію, представляется несомнѣнно болѣе выгоднымъ. Но само собою разумѣется, что если мы при двухчленномъ дѣленіи будемъ противополагать преступленія и проступки другъ другу, не только по размѣрамъ наказуемости, но, какъ дѣлали это голландская и швейцарская законодательныя коммисіи, будемъ проводить между ними принципіальное различіе и проведемъ этотъ взглядъ (чего не сдѣлано по крайней мѣрѣ въ голландскомъ уложеніи) въ дѣйствительномъ распредѣленіи преступныхъ дѣяній, т. е. отнесемъ маловажныя, облагаемыя пенею или краткосрочнымъ лишеніемъ свободы нарушенія правъ (обиды, поврежденіе имущества), къ преступленіямъ (къ высшей группѣ), а нарушенія формальнаго закона—къ низшей группѣ, то конечно это дѣленіе не будетъ имѣть ничего общаго съ трехчленнымъ, но оно будетъ, какъ и было указано выше, практически непригоднымъ дѣленіемъ преступныхъ дѣяній на уголовныя и полицейскія. (Ср. напр. Deprez, Nature juridique des contreventions. 1898). Нельзя не сказать, что большинство докладовъ, представленныхъ по этому предмету на парижскій тюремный конгрессъ, представляютъ большую путаницу понятій.

Принадлежность преступнаго дѣянія къ той или другой группѣ опредѣляется по уложенію высшимъ наказаніемъ, за это дѣяніе въ законѣ положеннымъ, причемъ если въ законѣ установлено за одно дѣяніе нѣсколько наказаній, то по высшему изъ нихъ; если же въ одной и той же статьѣ закона содержатся постановленія о простомъ и квалифицированномъ видахъ какого либо преступнаго дѣянія, то каждая часть этой статьи классифицируется самостоятельно, соотвѣтственно съ назначеннымъ въ ней наказаніемъ.

Эта классификація преступныхъ дѣяній относится какъ къ оконченнымъ дѣяніямъ, такъ и къ покушеніямъ, такъ что можетъ быть наказуемое покушеніе на преступленіе, наказуемое покушеніе на проступокъ; точно также, при опредѣленіи отвѣтственности подстрекателя или пособника, ихъ дѣяніе классифицируется соотвѣтственно съ юридическимъ характеромъ дѣянія, учиненнаго физическимъ виновникомъ. Но въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ по уложенію карается приготовленіе или простое составленіе сообщества, принадлежность этихъ дѣяній къ той и другой группѣ опредѣляется размѣромъ назначенныхъ за нихъ спеціальныхъ наказаній.

Классификація опредѣляется юридическимъ свойствомъ и наказуемостью по закону дѣянія, въ коемъ обвиняется данное лицо, или въ коемъ оно признано виновнымъ; напротивъ того, размѣръ наказанія, въ дѣйствительности назначенный судомъ, никакого вліянія на классификацію не имѣетъ [1]).

---

[1]) Такое же толкованіе защищаютъ для французскаго права—Garraud, № 86; для бельгійскаго—Haus, № 319; для германскаго—Olshausen, § 1, № 2. Единственное изъятіе въ этомъ отноше-

Такимъ образомъ, если лицо, обвиняемое въ разбоѣ, караемомъ каторгою, на судѣ будетъ признано виновнымъ только въ простомъ воровствѣ, наказуемомъ по уложенію тюрьмою, то оно должно быть почитаемо признаннымъ виновнымъ въ преступленіи, согласно съ наказаніемъ, которое въ законѣ установлено за такое воровство, а не въ тяжкомъ преступленіи, соотвѣтственно предъявлявшемуся къ нему обвиненію, а потому и вопросы о наказуемости покушенія, о давности, будутъ разрѣшаться согласно постановленіямъ о преступленіяхъ, а не о тяжкихъ преступленіяхъ. Напротивъ того, если обвиненіе было предъявлено въ опозореніи, караемомъ тюрьмою, и это же опредѣленіе учиненнаго дѣянія было признано и судебнымъ приговоромъ, но затѣмъ виновный, въ виду обстоятельствъ, смягчающихъ отвѣтственность, былъ подвергнутъ наказанію арестомъ, то тѣмъ не менѣе учиненное имъ дѣяніе должно быть почитаемо преступленіемъ, а не проступкомъ.

Точно также и въ томъ случаѣ, когда виновный, въ силу его возраста или по какимъ либо инымъ основаніямъ, будетъ подвергнутъ какому либо особому наказанію, напр., отдачѣ въ исправительно-воспитательное заведеніе, выговору, классификація учиненнаго имъ дѣянія должна быть опредѣляема не по замѣняющему, а по замѣненному наказанію.

27. Что касается дѣленій преступныхъ дѣяній по условіямъ ихъ уголовнаго разслѣдованія, то многія изъ нихъ, хотя и имѣютъ весьма существенное, практическое значеніе, но не входятъ въ курсъ матеріальнаго права, а должны найти свое мѣсто въ уголовномъ процессѣ. Таково, напр., дѣленіе преступныхъ дѣяній по ихъ подсудности, поставленное въ соотношеніе съ наказуемостью этихъ дѣяній, а иногда и съ особенностями ихъ состава, какъ, напр., различіе въ общей подсудности подлежащихъ разсмотрѣнію единоличныхъ судей, окружныхъ судовъ безъ участія присяжныхъ засѣдателей общаго или особаго состава и съ участіемъ таковыхъ; таково выдѣленіе дѣлъ, подсудныхъ волостнымъ судамъ, народнымъ судамъ въ Закавказьѣ, гминнымъ судамъ, земскимъ начальникамъ, судебнымъ палатамъ съ сословными представителями, особому или судебному присутствію Сената и т. п.; далѣе, различіе дѣлъ, разслѣдуемыхъ и разбираемыхъ въ общемъ порядкѣ судопроизводства или по особымъ процессуальнымъ правиламъ, какъ, напр., преступныхъ дѣяній государственныхъ, по службѣ, противъ уставовъ казенныхъ управленій и т. д.

То же нужно сказать и о другомъ дѣленіи, хотя и ближе соприкасающемся съ матеріальнымъ правомъ, а именно о дѣленіи преступныхъ дѣяній по условіямъ возбужденія уголовнаго преслѣдованія и о находящемся

ніи представляетъ венгерское уложеніе, которое, согласно § 20, опредѣляетъ различіе установленныхъ въ немъ категорій по тому наказанію, которому подлежитъ виновный въ данномъ случаѣ; но въ особенной части и при томъ въ огромномъ большинствѣ статей, кодексъ отступаетъ отъ этого принципа и опредѣляетъ значеніе преступныхъ дѣяній по наказаніямъ, установленнымъ въ законѣ, прямо относя одну группу къ преступленіямъ, другую—къ проступкамъ.

въ соотношеніи съ этимъ дѣленіемъ различіи преступныхъ дѣяній по условіямъ прекращенія начатаго производства [1]).

Такъ какъ всякое преступное дѣяніе предполагаетъ посягательство не только на интересъ, но и на норму, его охраняющую, а потому и заключаетъ въ себѣ посягательство на юридическій порядокъ, то понятно, что преслѣдованіе учинившаго такое дѣяніе возбуждается и ведется во имя общественнаго интереса, особо на то уполномоченными органами, что, равнымъ образомъ, во имя этого интереса опредѣляется и налагается наказаніе; однимъ словомъ, что, по общему правилу, установленіе преступности и примѣненіе наказанія ко всѣмъ преступнымъ дѣяніямъ имѣетъ характеръ публичный.

Въ тѣхъ случаяхъ, когда посягательство на охраненный интересъ заключаетъ въ себѣ и посягательство на чье либо субъективное право, конечно, лицу потерпѣвшему предоставляется извѣстная роль въ процессѣ, оно не только является свидѣтелемъ, содѣйствующимъ процессу, но его жалоба имѣетъ особенное значеніе, сравнительно съ заявленіями другихъ частныхъ лицъ; ему предоставляется, въ случаѣ, если дѣяніе причинило имущественный ущербъ, явиться стороною въ дѣлѣ, гражданскимъ истцомъ, и т. д. По дѣламъ, подсуднымъ единоличнымъ судьямъ, потерпѣвшій можетъ явиться обвинителемъ, рядомъ съ представителемъ публичнаго обвиненія; даже по дѣламъ, разсматриваемымъ въ коллегіальныхъ судахъ, онъ можетъ, по его о томъ ходатайству, быть допущенъ къ участію въ судебномъ слѣдствіи и судоговореніи, независимо отъ прокурора; по нѣкоторымъ западно-европейскимъ процессуальнымъ уставамъ, онъ можетъ, въ случаѣ отказа публичнаго обвинителя отъ возбужденія обвиненія, явиться замѣняющимъ его обвинителемъ (Subsidiarankläger), но, однако, во всѣхъ этихъ случаяхъ роль, ему предоставляемая, имѣетъ лишь дополнительный характеръ.

Таково общее правило; но законъ, въ видѣ изъятія, предоставляетъ при нѣкоторыхъ преступныхъ дѣяніяхъ еще бо́льшія права потерпѣвшему. Основаніями для такихъ исключеній являются различныя, аналогично съ условіями, отдѣляющими безразличную и наказуемую неправду: или государство считаетъ вредъ, причиняемый извѣстными дѣяніями, слишкомъ маловажнымъ, а потому и находитъ возможнымъ уголовное преслѣдованіе только въ томъ случаѣ, когда этого потребуетъ пострадавшій; или, признавая данное вредоносное дѣяніе значительнымъ, государство находитъ, однако, что возбужденіе и разслѣдованіе даннаго уголовнаго дѣла можетъ причинить лицу, на интересы коего посягнулъ виновный, столь существенный вредъ, что преслѣдованіе виновнаго допускается не иначе, какъ по прямому заявленію о томъ постра-

---

[1]) Изслѣдованіе природы и юридическихъ свойствъ этой группы преступныхъ дѣяній вызвало цѣлый рядъ монографій въ литературѣ германской, изъ коихъ въ особенности можно указать: C. Fuchs, Anklage und Antragsdelicte, 1873 г.; O. Reber, Die Antragsdelicte, 1873 г.; A. Kirchenheim, Die rechtliche Natur der Antragsdelicte, 1877 г.; A. Lehman, Zur Lehre vom Strafantrage, 1881 г. Въ русской литературѣ фонъ-Резонъ, О преступленіяхъ, наказуемыхъ только по жалобѣ потерпѣвшаго по русскому праву, 1883 г.; Арефа, Частныя или частно общественныя преступленія по русскому законодательству, ж. г. и у. п. 1873, кн. 6; В. Случевскій, Преступныя дѣянія, преслѣдуемыя по частной жалобѣ, 1895.

давшаго; наконецъ, подобное же исключеніе допускается и въ тѣхъ случаяхъ, когда интересъ, на который посягнулъ виновный, подлежитъ государственной охранѣ посредственно, а не непосредственно, таковы, напр., случаи уголовнаго преслѣдованія посягательствъ, учиненныхъ за предѣлами Россіи противъ иностранца или иностраннаго государства.

Такимъ образомъ, признавая всякое преступное дѣяніе посягательствомъ на юридическій порядокъ, государство, по соображеніямъ цѣлесообразности, по отношенію къ извѣстной группѣ таковыхъ посягательствъ, ставитъ уголовное преслѣдованіе въ зависимость отъ усмотрѣнія потерпѣвшаго.

При этомъ, въ этой группѣ различаются два оттѣнка: во-1-хъ, посягательства, въ которыхъ отъ усмотрѣнія потерпѣвшаго зависитъ только возбужденіе преслѣдованія, но затѣмъ самое преслѣдованіе и примѣненіе наказанія идутъ общимъ публичнымъ порядкомъ, и, во-2-хъ, посягательства, въ которыхъ не только возбужденіе дѣла, но и самое преслѣдованіе виновнаго допускаются только со стороны потерпѣвшаго, а потому ему предоставляется даже, при извѣстныхъ условіяхъ, прекратить самое производство [1]).

Такимъ образомъ, въ этомъ отношеніи всѣ преступныя дѣянія могутъ быть распредѣлены на три группы. Къ первой должны быть отнесены тѣ, по коимъ и возбужденіе преслѣдованія и самое преслѣдованіе совершенно не зависятъ отъ воли потерпѣвшаго, а ему предоставляется только вспомогательная роль въ производствѣ; ко второй тѣ, по коимъ возбужденіе дѣла зависитъ отъ воли потерпѣвшаго, но самое производство дѣла ведется въ порядкѣ публичномъ; къ третьей тѣ, по коимъ не только веденіе дѣла возложено на потерпѣвшаго, но вмѣстѣ съ тѣмъ ему предоставлено право во всякое время процесса, до вступленія приговора въ законную силу, оканчивать дѣло примиреніемъ.

Хотя въ уложеніи о наказаніяхъ 1845 г. и въ уставѣ о наказаніяхъ и содержались указанія на то, какія именно дѣянія подлежатъ преслѣдованію по частнымъ жалобамъ [2]), но тѣмъ не менѣе условія и порядокъ производства дѣлъ этого рода опредѣлялись въ уставѣ уголовнаго судопроизводства. При составленіи дѣйствующаго уложенія всѣ безусловно постановленія о семъ въ него не включены, въ томъ соображеніи, какъ указано въ объясненіяхъ къ

---

[1]) Подробный обзоръ и разборъ основаній изъятія у фонъ-Резона, стр. 51 и сл. Согласно съ различіемъ основаній этого изъятія, германскіе криминалисты (напр. Liszt, § 44) различаютъ два вида таковыхъ дѣяній: 1) въ коихъ предъявленіе жалобы является условіемъ наказуемости, именно, гдѣ въ основѣ лежитъ минимальность вреда, какъ при обидѣ, и 2) въ коихъ жалоба является не условіемъ наказуемости, а процессуальнымъ предположеніемъ, обусловливающимъ осуществленіе государственнаго права преслѣдованія, именно, гдѣ въ основѣ лежитъ неудобство процесса для пострадавшаго. Впрочемъ, между нѣмецкими криминалистами есть нѣсколько сторонниковъ отнесенія вообще всего этого ученія къ матеріальному праву, такъ, въ особенности защищаетъ это воззрѣніе Reber, стр. 57 и сл. Онъ смотритъ на жалобу, какъ на условіе, опредѣляющее непримѣнимость уголовнаго закона къ преступнымъ дѣяніямъ. Ср. Binding, Normen, I, стр. 184; къ этому же воззрѣнію примыкаютъ—Geier, Kirchenheim.

[2]) Число преступныхъ дѣяній, преслѣдуемыхъ по частной жалобѣ въ уложеніи 1845 г. и въ уставѣ мировомъ было весьма велико (ср. у Резона, стр. 36 и сл.), хотя тѣмъ не менѣе этотъ перечень былъ не достаточенъ, такъ, только практикою Правит. Сената (90/2, Козловскаго; 95/11, Шугаева) отнесены къ этой группѣ дѣлъ, напр., нарушенія лѣсныя.

статьѣ 1-ой, что хотя постановленія о возбужденіи производства по нѣкоторымъ уголовнымъ дѣламъ исключительно по волѣ пострадавшаго, а равно и постановленія объ устраненіи наказанія за примиреніемъ или въ силу прощенія со стороны пострадавшаго, и заключаютъ условія, опредѣляющія наказуемость или преступность дѣяній и, слѣдовательно, относятся къ матеріальному уголовному праву, но въ то же время всѣ эти постановленія столь тѣсно связаны съ правилами о порядкѣ осуществленія этого права пострадавшимъ, т. е. съ постановленіями процессуальными, что отдѣльно отъ послѣднихъ они даже не могутъ быть и изложены въ законѣ съ надлежащею точностью.

Еще полнѣе положеніе, что зависимость возбужденія производства и прекращенія уголовнаго преслѣдованія отъ воли потерпѣвшаго по нашимъ законамъ не опредѣляетъ преступности учиненнаго, а имѣетъ только процессуальное значеніе, признано нашею практикою. Такъ, въ рѣшеніи 1888 г. № 33 по дѣлу Полеводина, Правительствующій Сенатъ указалъ: всякое дѣяніе или бездѣйствіе, согласно ст. 1-й уложенія, признается преступнымъ въ силу его воспрещенія закономъ уголовнымъ подъ страхомъ наказанія; если законъ допускаетъ, что нѣкоторыя преступныя дѣянія могутъ подлежать вѣдѣнію и разсмотрѣнію судовъ не иначе, какъ по жалобѣ потерпѣвшаго, и что даже по нѣкоторымъ дѣламъ наказаніе не примѣняется къ виновному, если потерпѣвшій помирится съ нимъ, то, какъ видно и изъ буквальныхъ выраженій закона, это изъявленіе воли потерпѣвшаго является только процессуальнымъ условіемъ примѣненія наказанія къ виновному, а не обстоятельствомъ, обусловливающимъ самую преступность учиненнаго.

Основываясь на этомъ началѣ, Правительствующій Сенатъ, какъ въ этомъ рѣшеніи, такъ и въ другихъ (76/190, Безсонова, 73/1022, Ромейко, 72/103, Меликова) разъяснилъ, что если учинившій дѣяніе, подлежащее преслѣдованію въ уголовно-частномъ порядкѣ, былъ привлеченъ къ отвѣтственности безъ жалобы потерпѣвшаго, то состоявшійся о немъ приговоръ и все производство подлежатъ отмѣнѣ, не потому, чтобы это дѣяніе не заключало признаковъ преступности, а потому что нарушена статья 1-ая уст. угол. суд., требующая, чтобы дѣло дошло до суда, постановляющаго приговоръ, въ установленномъ порядкѣ; наоборотъ, если дѣло было возбуждено въ публичномъ порядкѣ, согласно обстоятельствамъ, имѣвшимся въ виду при возбужденіи, а получило уголовно-частный характеръ уже на судебномъ слѣдствіи или даже послѣ рѣшенія присяжныхъ, то привлеченіе къ отвѣтственности за преступное дѣяніе признается правильнымъ, и только примѣненіе наказанія будетъ зависѣть отъ того, воспользуется ли потерпѣвшій предоставленнымъ ему правомъ окончить дѣло примиреніемъ. Поэтому, если потерпѣвшій уже ранѣе заявилъ о своемъ отказѣ отъ преслѣдованія или сдѣлалъ такое заявленіе послѣ обнаруженія уголовно-частнаго характера дѣянія, то виновный освобождается отъ наказанія, но если такого заявленія не послѣдовало, или если, напр., потерпѣвшій умеръ, не заявивъ о своемъ отказѣ отъ преслѣдованія, то приговоръ постановляется и приводится въ исполненіе въ общемъ порядкѣ.

Раздѣляя вполнѣ соображенія приведеннаго выше, мною редактированнаго опредѣленія кассаціоннаго департамента Правительствующаго Сената по дѣлу Полеводина, я не включаю въ курсъ матеріальнаго права не только анализа

дѣяній, относительно коихъ право обвинительной власти привлечь виновнаго къ уголовной отвѣтственности зависитъ отъ жалобы потерпѣвшихъ, или отъ требованія или уполномочія различныхъ учрежденій [1]), но отношу къ процессу и вообще все ученіе о такъ называемыхъ уголовно-частныхъ преступныхъ дѣяніяхъ [2]), за исключеніемъ самаго института примиренія, какъ эквивалента наказанія.

28. Наконецъ, преступныя дѣянія допускаютъ нѣкотораго рода классификацію съ точки зрѣнія ихъ изученія [3]).

Какъ конкретное посягательство на норму въ ея юридическомъ бытіи, какъ явленіе жизни, всякое преступное дѣяніе представляется намъ въ индивидуальномъ обликѣ, обставленномъ индивидуальными обстоятельствами мѣста и времени совершенія, средствъ и способовъ дѣйствія и т. д. Въ жизни мы не встрѣтимъ воровства, поджога, убійства, а мы встрѣтимъ случай, положимъ, вынутія въ такомъ-то театрѣ, въ такомъ-то часу вечера 11 Ноября, лицомъ А. часовъ изъ кармана лица Б., и притомъ незамѣтно для его владѣльца и безъ его на то согласія и т. п.

Но, конечно, законодатель, воспрещая посягательство на норму подъ страхомъ наказанія, не можетъ и не долженъ вносить въ законъ всѣ эти случаи въ ихъ индивидуальной окраскѣ.

Обобщая путемъ синтеза отдѣльные случаи посягательствъ или рисуя предъ собою путемъ дедуктивнымъ возможные случаи нарушенія полагаемой имъ нормы, законодатель отбрасываетъ всѣ случайныя подробности, не имѣющія существеннаго значенія для обрисовки даннаго посягательства, и только въ такой обобщенной формѣ воля законодателя является правовою нормою, можетъ служить руководствомъ для будущаго. Ясность и точность обобщенія есть условіе правильнаго составленія закона; способность юридически обобщать составляетъ важнѣйшее изъ условій правильной законодательной дѣятельности.

---

[1]) Нельзя не замѣтить, что и въ этой группѣ нужно отличать нѣсколько видовъ: 1) возбуждаемые по жалобѣ или заявленію потерпѣвшаго или его законныхъ представителей—вступленіе въ бракъ по насилію или обману, или съ душевно-больнымъ или находящимся въ безсознательномъ состояніи, похищеніе женщинъ для непотребства или для вступленія въ бракъ, любострастныя дѣянія, обольщеніе, изнасилованіе, преступныя дѣянія, учиненныя внѣ предѣловъ Россіи противъ иностранныхъ государствъ или иностранныхъ подданныхъ; 2) возбуждаемые по требованію или съ разрѣшенія установленій или должностныхъ лицъ—совращеніе изъ православія или христіанства, оскорбленіе должностныхъ лицъ въ печати, преступныя дѣянія по службѣ, нѣкоторыя преступныя дѣянія противъ спеціальныхъ уставовъ и т. п.; 3) возбуждаемые лишь по окончаніи преюдиціальнаго производства—заключеніе недѣйствительныхъ браковъ, опозореніе приписаніемъ учиненія преступнаго дѣянія, ложное обвиненіе, банкротство и т. п.

[2]) Къ дѣяніямъ, преслѣдуемымъ въ порядкѣ уголовно-частномъ, по дѣйствующему уложенію относятся: прелюбодѣяніе, отказъ въ пропитаніи родителямъ или упорное имъ неповиновеніе, легкія тѣлесныя поврежденія, насилія, неосторожныя тѣлесныя поврежденія, принужденіе, угроза, вторженіе въ жилище, оскорбленіе, оглашеніе тайнъ, легкіе случаи истребленія имущества, присвоеніе найденнаго, пользованіе чужимъ имуществомъ, присвоеніе авторскихъ правъ, захваты имущества между супругами и родителями и дѣтьми и т. п.

[3]) Ср. Binding, Handbuch, § 110.

Разнообразіе нормъ, посягательства на которыя законодатель воспрещаетъ подъ страхомъ наказанія, опредѣляетъ прежде всего разнообразіе типовъ преступныхъ дѣяній; но иногда, по различнымъ соображеніямъ, а въ особенности въ видахъ установленія соотвѣтственныхъ наказаній, законодатель допускаетъ подраздѣленіе типовъ, выдѣляя изъ него или такіе виды, которые облагаются болѣе тяжкими наказаніями (квалифицированные), или такіе, въ коихъ уголовная угроза опредѣляется въ меньшемъ размѣрѣ (привилегированные). Такъ, изъ типа воровства, какъ тайнаго или открытаго похищенія, наше дѣйствующее право выдѣляетъ какъ квалифицированные виды: воровство шайкою, съ оружіемъ, въ обитаемомъ помѣщеніи и т. д., и привилегированные—воровство на сумму въ 50 копѣекъ, съ добровольнымъ пополненіемъ ущерба, и т. д. Иногда, наоборотъ, кодексъ нѣсколько типовъ соединяетъ въ одинъ, образуя преступныя дѣянія съ такъ называемымъ сложнымъ составомъ.

Такимъ образомъ, уголовное законодательство страны состоитъ изъ суммы обобщенныхъ постановленій, характеризующихъ типы преступныхъ дѣяній, воспрещенныхъ подъ страхомъ наказанія.

Но законодательный синтезъ не останавливается на этомъ, не останавливается, такъ сказать, на полпути. Сопоставляя отдѣльные типы преступныхъ дѣяній, законодатель усматриваетъ черты общія всѣмъ имъ, характеризующія, такъ сказать, каждое преступное дѣяніе; такимъ образомъ, рядомъ съ видовыми понятіями преступныхъ типовъ вырабатывается родовое понятіе преступнаго дѣянія вообще, появляется юридическая абстракція высшаго порядка. Выдѣленіе этого общаго понятія о преступномъ и созданіе особаго раздѣла объ общихъ условіяхъ преступности составляетъ крупный шагъ впередъ въ техникѣ законодательства, устраняя необходимость повторенія этихъ условій при отдѣльныхъ постановленіяхъ и естественно зависящей отъ этого неполноты и противорѣчивости этихъ указаній.

Этимъ и объясняется то обстоятельство, что, появившись сравнительно въ недавнее время, напр., во Франціи съ кодекса 1791 г.; въ Германіи, и то только въ зачаточной формѣ, съ баварскаго уложенія 1751 г. (Codex juris Bavarici criminalis); въ Австріи съ уложенія Маріи Терезіи 1768 г.; у насъ въ проектѣ 1813 г., а въ дѣйствующемъ правѣ съ изданія свода законовъ 1832 г.,—эта система выдѣленія въ особый раздѣлъ общихъ условій преступленія и наказанія сдѣлалась теперь необходимою принадлежностью всякаго кодекса.

Параллельно съ этимъ движеніемъ законодательства, видоизмѣнялось и распредѣленіе матеріала при обработкѣ и изученіи уголовнаго права. Съ половины XVIII вѣка мы встрѣчаемъ у комментаторовъ [1]) и въ руководствахъ отдѣльное изложеніе общихъ вопросовъ о преступномъ дѣяніи и наказаніи, предшествующее анализу отдѣльныхъ преступныхъ типовъ. Прежде тѣ ученія, которыя мы теперь разсматриваемъ въ общей части, излагались при разсмотрѣніи какого либо отдѣльнаго преступнаго дѣянія, всего чаще при убійствѣ; но и позднѣе, въ концѣ XVIII и началѣ XIX вѣковъ,

[1]) Такъ, общая часть отдѣлена отъ особенной уже у Koch' а въ его Institutiones.

этому дѣленію придавали совершенно особенное значеніе, отождествляя общую часть съ понятіемъ отвлеченной или философской, а особенную—съ положительною, т. е. смѣшивали методъ обработки съ содержаніемъ: такую постановку мы встрѣчаемъ даже, напр., въ классическомъ учебникѣ Фейербаха (§§ 2 и 4) [1]).

Но нынѣ въ доктринѣ незыблемо поставлено отдѣленіе общаго ученія о преступномъ дѣяніи отъ изложенія отдѣльныхъ видовъ преступнаго дѣянія, причемъ, понятно, изложеніе перваго должно предшествовать изложенію вторыхъ.

Настоящія мои лекціи будутъ посвящены изложенію общаго понятія о преступномъ дѣяніи, какъ посягательствѣ на юридическую норму въ ея реальномъ бытіи, воспрещенномъ подъ страхомъ наказанія.

Это понятіе объ уголовно-наказуемомъ дѣяніи предполагаетъ:

1) авторитетную волю, объявляющую извѣстное дѣяніе преступнымъ и наказуемымъ;

2) преступное дѣяніе, посягающее на запретъ или приказъ авторитетной воли;

3) наказуемость, какъ послѣдствіе неисполненія велѣній авторитетной воли.

Сообразно съ этимъ, все дальнѣйшее изложеніе общей части распадается на три главы:

глава вторая—ученіе объ уголовномъ законѣ;

глава третья—ученіе о признакахъ преступнаго дѣянія;

глава четвертая—ученіе о наказаніи.

ГЛАВА ВТОРАЯ.

Уголовный законъ.

§ 1. Правополагающіе источники и ихъ взаимное отношеніе къ уголовному праву.

29. Если преступное дѣяніе есть посягательство на норму права, воспрещенное подъ страхомъ наказанія, то, очевидно, что и логически и фактически возникновеніе преступнаго дѣянія предполагаетъ бытіе карательной нормы.

---

[1]) Waechter, Lehrbuch, стр. 37, пр. 65; Koestlin, Neue Revision, стр. 13—20; Iordan, In wiefern soll der allgemeine Theil der positiven Criminalrechtswissenschaft philosophisch sein? N. A. XI, стр. 221. Общая часть признается нынѣ столь существенною частью уголовнаго права, что, напр., во французскихъ юридическихъ факультетахъ преподается только общая часть; точно также ею ограничивается и большинство французскихъ курсовъ уголовнаго права, какъ, напр., Bertauld, Ortolan, Lainé, Trébutien, Normand, Haus, Thiry.

Поэтому, юридическому анализу преступнаго дѣянія должно предшествовать разсмотрѣніе понятія о карательныхъ нормахъ, условіяхъ ихъ возникновенія, обзоръ карательныхъ нормъ, нынѣ дѣйствующихъ въ Россіи, ихъ взаимныхъ отношеній и т. д. Само собою разумѣется, что ученіе о нормахъ въ полномъ своемъ объемѣ входитъ въ общую теорію права, а въ курсѣ уголовнаго права относящіеся сюда вопросы могутъ быть излагаемы только постолько, посколько это необходимо для выясненія понятія о преступныхъ дѣяніяхъ и ихъ наказуемости [1]).

Итакъ, первый вопросъ: какъ возникаютъ правовыя нормы? кто придаетъ имъ характеръ авторитетной воли? кто придаетъ имъ карательную санкцію?

Отвѣтъ на это, какъ свидѣтельствуетъ исторія права, представляется различнымъ; въ особенности различны въ этомъ отношеніи общества современныя, сложившіяся въ государство, и общества первичныя, не сформировавшіяся и не организовавшіяся.

Но, прежде всего, самое выраженіе источникъ права употребляется въ двоякомъ смыслѣ: или подъ нимъ понимаютъ то, что вызываетъ къ жизни, порождаетъ правовыя отношенія, а за ними и самое право, или же то, что облекаетъ эти отношенія въ правовыя положенія, нормы, создаетъ правовой укладъ общественной жизни.

Въ первомъ отношеніи источникомъ права всегда является человѣкъ съ его цѣлями, потребностями и дѣятельностью, и общество, какъ сфера проявленія личности. Правовыя положенія регулируютъ взаимныя отношенія людей, разграничиваютъ ихъ интересы, слѣдовательно, право немыслимо безъ наличности обоихъ факторовъ—человѣка и общества; говорить о правахъ человѣка дообщественныхъ или внѣобщественныхъ значитъ отрицать самое понятіе права.

Стремленіе къ осуществленію цѣлей матеріальныхъ или идеальныхъ, удовлетвореніе потребностей, благодаря условіямъ совмѣстнаго существованія, можетъ вызвать и вызываетъ столкновенія между лицами или по поводу ихъ дѣятельности, или по поводу матеріальныхъ предметовъ, являющихся средствомъ или условіемъ удовлетворенія потребностей. Такое столкновеніе должно получать исходъ или разрѣшеніе или прежде всего при помощи физической силы, принужденія слабаго сильнымъ со стороны одного изъ столкнувшихся, или лицъ ему близкихъ, членовъ семьи, рода, или же разрѣшеніе послѣдуетъ, въ особенности при колебаніи силъ, при неувѣренности въ успѣхѣ, путемъ соглашенія, уступки, взаимнаго ограниченія и притомъ соглашенія, состоявшагося или непосредственно между спорящими, или при содѣйствіи третьихъ лицъ. Подобное соглашеніе, состоявшееся при содѣйствіи третьихъ лицъ, и есть первоначальная форма юридическаго разрѣшенія спора; основа этого соглашенія, установленіе разграниченія столкнувшихся интересовъ и есть первообразъ или, вѣрнѣе, зачатокъ юридическаго положенія, правовой нормы.

---

[1]) Ученіе о формахъ проявленія права, изложенное въ текстѣ, въ основныхъ своихъ положеніяхъ было развито мною въ изслѣдованіи о повтореніи преступленій 1867 г. глава I. Подробное изложеніе ученія объ источникахъ права можно найти въ общихъ курсахъ энциклопедіи или теоріи права, или въ системахъ гражданскаго права. Ср. С. Муромцевъ, Образованіе права по ученіямъ нѣмецкой юриспруденціи 1886 г.

Въ первичной жизни первобытной общественной ячейки немногочисленны потребности образующихъ ее членовъ, немногочисленны интересы матеріальные и духовные, могущіе вызывать столкновенія, а потому немногообразны и немногочисленны отношенія, возникающія по поводу столкновеній. Но, слѣдуя общему закону развитія, растетъ и человѣческое общежитіе, растутъ, разнообразятся и осложняются потребности, а вмѣстѣ съ тѣмъ и столкновенія, вызываемыя ихъ осуществленіемъ, причемъ многія изъ нихъ повторяются неоднократно и даже одновременно.

Единство человѣческой организаціи рождаетъ единство потребностей, а однообразіе условій, даже обстановки, при которыхъ удовлетворяются эти потребности, вызываетъ однообразіе столкновеній и однообразіе ихъ разрѣшенія, хотя бы путемъ соглашенія при посредствѣ третьихъ лицъ. Два главные фактора опредѣляютъ однородность исхода спора и содѣйствуютъ возникновенію правовыхъ нормъ: во-1-хъ, цѣлесообразность рѣшенія, такъ какъ естественно, что основою такого соглашенія не всегда являются случайныя обстоятельства, индивидуальныя отношенія силы и могущества представителей столкнувшихся интересовъ, но всего чаще наилучшее удовлетвореніе потребностей, принципъ равенства и блага; во-2-хъ, общее основаніе человѣческаго развитія — начало подражанія, особенно сильное въ организмѣ дитяти и въ первобытномъ обществѣ: «какъ люди, такъ и мы»; «на людяхъ и смерть красна»; «не нами ставилось, не нами и переставится». Этимъ объясняется мѣстный, и иногда даже весьма ограниченный объемъ дѣйствія обычая: «что городъ, то норовъ, что деревня, то обычай»; «у Сидора обычай, а у Карпа свой»[1]). То, что было, что оставило слѣдъ въ сознаніи, о чемъ передаетъ предокъ потомкамъ, является прототипомъ того, что должно произойти при тождественныхъ условіяхъ. Свято воспроизводится преданіе, одинаково священна и его форма, обрядъ и его содержаніе; въ туманной глубинѣ вѣковъ скрытъ источникъ права, на его колыбель набрасывается мистическій пологъ, божеское происхожденіе права. Право—это завѣтъ откровенія при громѣ и молніи данный на священной горѣ, народу избранному. Въ этой незапамятной сѣдинѣ старины и покона его сила: «силенъ поконъ, его не передѣлаешь»; «поконъ силенъ, и гнетъ, и бьетъ».

Условія возникновенія права въ этомъ отношеніи тождественны съ развитіемъ другихъ этическихъ элементовъ человѣческаго общежитія. «Языкъ, мифологія и поэзія, право, нравы, обычаи, говоритъ проф. Буслаевъ, стоятъ въ самой тѣсной неразрывной связи между собою; народъ не помнитъ, чтобы когда нибудь онъ изобрѣлъ свой языкъ, свою мифологію, свои законы, обычаи, обряды. Всѣ эти національныя основы глубоко вошли въ его нравственное бытіе, какъ самая жизнь, пережитая имъ въ теченіе многихъ доисторическихъ вѣковъ, какъ прошедшее, на которомъ твердо покоится настоящій порядокъ вещей и все будущее развитіе жизни. Поэтому всѣ нравственныя идеи для народа эпохи первобытной составляютъ его священное преданіе, великую родную старину». «Не хвально намъ искати правду въ нѣмцехъ»,

---

[1]) Оттого исторически не вѣрною оказалась теорія, объясняющая силу обычая проявленіемъ въ немъ присущаго всему народу правовоззрѣнія.

говорится въ «судѣ Любуши», «наша правда по закону святу, юже принесоша съ собою отцы наша». «Тою же силою, по прекрасному замѣчанію пр. Чебышева-Дмитріева[1]), какою творился языкъ, образовались и мифы народа, и его поэзія, и его право. Какъ въ образованіи и строеніи языка оказывается не личное мышленіе одного человѣка, такъ и созданіе права принадлежитъ творчеству всего народа; произвольная личность не только не участвовала въ созданіи поэзіи и права, но и не вошла, какъ существенная, самостоятельная часть, въ ихъ содержаніе. Въ области поэзіи все шло своимъ чередомъ, какъ заведено было испоконъ-вѣку: та же разсказывалась сказка, та же пѣлась пѣсня и тѣми же словами, потому что изъ пѣсни слова не выкинешь. Такія же явленія происходили и въ области права: и здѣсь отдѣльной личности не было исхода изъ замкнутаго круга. Будучи голосомъ преданія, идущаго отъ временъ незапамятныхъ, право для всего общества и для каждаго изъ его членовъ казалось такимъ же произведеніемъ, стоящимъ внѣ произвола, какъ эпическая поэзія для пѣвца и его слушателей».

Возникшее этимъ путемъ правовое положеніе могло имѣть различное отношеніе къ правовому интересу, по поводу коего и ради коего оно возникло: оно могло служить основаніемъ для разрѣшенія спора, касающагося этого интереса; оно могло опредѣлять формы и порядокъ разрѣшенія спора; оно могло, наконецъ, въ видахъ предупрежденія въ будущемъ споровъ о правѣ, или вообще въ видахъ развитія и упорядоченія правовыхъ отношеній, служить только къ выясненію и установленію правового значенія извѣстнаго интереса.

Обращаясь къ первой группѣ правовыхъ положеній, имѣющихъ ближайшее отношеніе къ изслѣдуемому вопросу, нельзя не отмѣтить ихъ двойственнаго характера. Содѣйствуя разрѣшенію возникшаго столкновенія, они, съ одной стороны, разграничиваютъ конкретные интересы, опредѣляютъ ихъ взаимныя отношенія; съ другой, предназначаются служить основаніемъ для разрѣшенія подобныхъ столкновеній въ будущемъ, являются регуляторами дѣятельности, предписаніями, которымъ должны слѣдовать отдѣльныя лица для избѣжанія столкновеній по поводу охраняемыхъ правомъ интересовъ, они являются нормами права. Какъ выраженіе авторитетной воли народнаго правосознанія, нормы являются не только наставленіемъ, но и приказаніемъ, имѣютъ значеніе не указанія, а силы, почему и могутъ служить не только образцомъ для окончанія спора по взаимному соглашенію, но и принужденіемъ къ прекращенію спора и возстановленію нарушеннаго права, въ случаяхъ же особенно важныхъ даже основою наказанія лица, не повинующагося этимъ велѣніямъ.

30. Такимъ образомъ, основною формою, въ которой воплощаются велѣнія авторитетной воли въ первичномъ обществѣ, источникомъ права во второмъ изъ указанныхъ выше значеній этого понятія, являются положенія, выработанныя народнымъ правосознаніемъ и получившія путемъ долговре-

1) О преступномъ дѣйствіи по русскому до-петровскому праву, 1862, стр. 35.

меннаго соблюденія значеніе обязательнаго руководства, другими словами,— нормы народнаго обычнаго права [1]).

Какъ отвлеченіе отъ конкретныхъ явленій, какъ укладъ общественной жизни, право въ его формальномъ понятіи вѣчно и постоянно: оно присуще всякому человѣческому общежитію, оно мыслится какъ необходимый элементъ общежитія, какъ продуктъ жизни даннаго народа въ данную эпоху; наоборотъ, право, разсматриваемое въ его содержаніи, преходяще и измѣнчиво: оно носитъ на себѣ полный отпечатокъ человѣческой природы со всѣми ея несовершенствами. Право, замѣчаетъ Аренсъ, живетъ во времени, оно развивается вмѣстѣ съ отдѣльнымъ индивидуумомъ, народомъ, человѣчествомъ; оно вмѣшивается во всѣ общественныя потребности и нужды; оно видоизмѣняется сообразно съ возрастомъ, степенью образованія, нравами, наконецъ, со всею совокупностью особенностей физической, умственной и нравственной организаціи отдѣльныхъ лицъ и народовъ».

Но если, такимъ образомъ, по условіямъ своего происхожденія, народно-обычное право національно, тѣмъ не менѣе и оно не исключаетъ вліянія на него иноземныхъ правовыхъ институтовъ: варягъ или гость, побывавшій въ Царьградѣ, ушкуйникъ, спускавшійся по Волгѣ на грабежъ народовъ закаспійскихъ, готскій купецъ, пріѣхавшій въ Русь на торговлю, всѣ они вносили въ народное правовое сознаніе свѣдѣнія объ иноземныхъ юридическихъ обычаяхъ, и многое этимъ путемъ переходило въ народное право; еще большее вліяніе оказывали, конечно, иноземники, осѣдавшіе въ народѣ въ качествѣ завоевателей, властителей или просто сопредѣльныхъ ему сосѣдей. Въ этомъ отношеніи, вполнѣ вѣрно положеніе Іеринга, что жизнь народа, какъ и жизнь индивидуума, есть неустанный процессъ воспріятія и ассимиляціи.

Въ первичную эпоху это обычное право составляетъ единственный источникъ правообразованія; все равно, является ли оно въ формѣ устныхъ преданій, живущихъ въ видѣ разсказовъ о примѣрныхъ дѣлахъ, въ

---

[1]) Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est jus, quod dicitur moribus constitutum (§ 1 D. de leg. 1, 3). Sed et ea, quae longa consuetudine comprobata sunt, ac per annos plurimos observata, velut tacita civium conventio, non minus quam ea, quae scripta sunt jura, servantur (§ 35 d. Cod.). Объ обычномъ правѣ ср. въ особенности Puchta, Das Gewohnheitsrecht, 1828 и 1837; Beseler, Volksrecht und Juristenrecht, 1843; В. Сергѣевичъ, Опыты изслѣдованія обычнаго права, Наблюдатель 1882 г. Для ознакомленія съ матеріалами и литературою русскаго обычнаго права, см. Е. Якушкинъ, Матеріалы для библіографіи обычнаго права, т. I 1875 г., т. II 1896 г., а также указанія литературы у К. Малышева, Курсъ общаго гражданскаго права Россіи, 1878 г. Цѣнный матеріалъ помѣщенъ въ трудахъ коммисіи по преобразованію волостныхъ судовъ, шесть томовъ 1873—1874 г.г. Обработка этого матеріала, впрочемъ, почти исключительно по отношенію къ гражданскому праву, у Оршанскаго: Народный судъ и народное право, въ Ж. гр. уг. пр. за 1875 г.; С. Пахманъ, Обычное гражданское право Россіи, 2 т. 1877 г. По уголовному праву—М. Духовской, Имущественные проступки по рѣшеніямъ волостныхъ судовъ, 1891 г. Много матеріала, спеціально касающагося уголовныхъ обычаевъ, находится въ изданіяхъ географическаго общества: въ различныхъ выпускахъ этнографическаго сборника, въ трудахъ этнографическо-статистической экспедиціи въ западно-русскій край, въ особенности т. VI, 1872 г., наконецъ, въ запискахъ общества, главнымъ образомъ, въ сборникѣ юридическихъ обычаевъ т. I 1878 (записки т. VIII) и т. II, 1900, (зап. т. XVIII), въ послѣднемъ, впрочемъ, уголовному праву посвящена одна статья—Соловьева, Преступленія и наказанія по понятіямъ крестьянъ Поволжья. А. Леонтьевъ, Волостной судъ и юридическіе обычаи крестьянъ, 1895 г.

волю выражающихъ (конклюдентныхъ) дѣйствіяхъ и т. п., или же является точно и опредѣленно формулированнымъ въ видѣ юридическихъ пословицъ и поговорокъ: цѣлые вѣка живетъ оно въ формѣ устнаго неписаннаго права, но и закрѣпленное на письмѣ не теряетъ своего основнаго характера [1]).

Далѣе, въ эпоху сравнительно позднѣйшую, въ эпоху сформированія государства и выдѣленія самостоятельной законодательной власти, обычное право составляетъ главный матеріалъ, изъ котораго черпаетъ законодатель, и, конечно, вопросъ о пересозданіи обычаевъ въ законъ составляетъ одинъ изъ крупнѣйшихъ вопросовъ въ исторіи всякаго права.

Мало того, съ возникновеніемъ законодательной дѣятельности долгое время не изсякаетъ источникъ обычнаго права, не прекращается творчество народнаго правосознанія. Обычно-правовыя нормы несомнѣнно могутъ жить и развиваться рядомъ съ нормами законодательными; но чѣмъ сложнѣе и многостороннѣе становится общественная жизнь, чѣмъ сильнѣе выдвигается въ ней борьба личностей, отдѣльныхъ классовъ, тѣмъ болѣе и болѣе стушевывается праворазвитіе путемъ обычая, и естественно является вопросъ: какую же роль играетъ обычное право при современной конструкціи права и въ особенности права уголовнаго? Можетъ ли оно и нынѣ быть выраженіемъ авторитетной воли, воспрещающей извѣстныя дѣянія подъ страхомъ наказанія?

Обозрѣніе въ этомъ отношеніи какъ нашего, такъ и современныхъ западно-европейскихъ кодексовъ, приводитъ къ необходимости различать дѣятельность правополагающую—законодательную и правоприменяющую—судебную.

Для власти судебной—уголовно-обычное право можетъ быть непосредственнымъ основаніемъ для приговоровъ только въ исключительныхъ, точно опредѣленныхъ случаяхъ. Еще сводъ законовъ (ст. 117 изд. 1842 г.), объединяя воззрѣнія, положенныя въ основаніе нашихъ уголовныхъ законовъ въ XVIII и въ началѣ XIX столѣтій, говорилъ: «Всѣ преступленія должны быть объемлемы, судимы и наказуемы *силою закона*»; улож. о наказаніяхъ (ст. 90 изд. 1885 г.) постановляло, что «наказанія за преступленія и проступки опредѣляются не иначе, какъ *на точномъ основаніи постановленій закона*» и что «судъ не можетъ опредѣлить инаго наказанія, кромѣ того, которое въ законахъ за судимое имъ дѣяніе именно предназначено» (ст. 147), а дѣйствующее уголовное уложеніе уже въ 1 ст. указываетъ, что преступнымъ признается дѣяніе, воспрещенное, во время его учиненія, *закономъ* подъ страхомъ наказанія. Съ другой стороны, судебные уставы ограничили возможность примѣненія обычнаго права въ процессѣ, такъ какъ первая же статья уст. уг. с. гласитъ, что

---

[1]) Конечно, правосознаніе можетъ имѣть только двѣ формы выраженія: подразумѣваемое фактическое, чрезъ конклюдентныя дѣйствія, напр., путемъ постояннаго соблюденія, или же прямое, словесное выраженіе правовой воли; но на этомъ случайномъ признакѣ нельзя построить дѣленія источниковъ права, какъ дѣлаетъ между другими и Биндингъ, Handbuch, § 40, противополагая gesetztes и ungesetztes Recht, безотносительно къ тому, кѣмъ выработано правовое положеніе: Русская Правда не перестала быть сборникомъ обычнаго права послѣ того, какъ она была записана лѣтописцами; рѣшенія судебныхъ мѣстъ не становятся законами послѣ ихъ напечатанія. Л. Бѣлогриць-Котляревскій, Роль обычая въ уголовномъ законодательствѣ, 1888; его же—Творческая сила обычая въ уголовномъ правѣ, 1890 г.

никто не можетъ подлежать судебному преслѣдованію за преступное дѣяніе, не бывъ привлеченъ къ отвѣтственности въ порядкѣ, опредѣленномъ правилами сего устава.

Какъ исключеніе, обычное право является правоисточникомъ для судебной власти въ двоякомъ направленіи: для нѣкоторыхъ инородцевъ окраинъ и для сельскаго населенія имперіи.

По уложенію о наказаніяхъ 1845 г., изъ-подъ дѣйствія общихъ уголовныхъ законовъ были изъяты (ст. 168 изд. 1885 г.) инородцы, перечисленные въ приложеніи къ этой статьѣ, причемъ въ прежнихъ изданіяхъ уложенія (до 3-го изд. 1866 г.) приводилось и основаніе таковаго изъятія: «по состоянію ихъ нравовъ и образу жизни». Самое изъятіе, какъ полагали составители уложенія, должно было быть временное, «пока нравы сихъ народовъ образованіемъ не смягчатся». Объемъ изъятія и область примѣненія къ ихъ проступкамъ обычнаго права, изложенные въ приложеніи къ этой статьѣ, представлялись чрезвычайно разнообразными безъ всякой опредѣленной системы, причемъ, по мѣрѣ распространенія судебныхъ уставовъ, эти изъятія подвергались существеннымъ ограниченіямъ.

Такъ, въ Европейской Россіи такое изъятіе относилось къ самоѣдамъ Мезенскаго уѣзда Архангельской губерніи, которые судились по общимъ законамъ за преступныя дѣянія, учиненныя въ городахъ и селеніяхъ, и кромѣ того за преступленія тяжкія, указанныя въ законѣ, гдѣ бы они ни были учинены. Правила 29 Янв. 1896 г. (ст. 1 прим.) распространяютъ это изъятіе на самоѣдовъ Архангельской губерніи вообще и притомъ въ еще болѣе неопредѣленной формѣ, говоря, что они изъемлются изъ вѣдѣнія судебныхъ установленій по тѣмъ дѣламъ, по коимъ они подлежатъ отвѣтственности предъ ихъ собственными судами.

Далѣе идутъ киргизы внутренней орды, обитающіе въ степяхъ между Оренбургскою и Астраханскою губерніями, которые по общимъ законамъ отвѣчаютъ лишь за тяжкія преступныя дѣянія, исчисленныя въ законѣ, а въ прочихъ случаяхъ судятся временнымъ совѣтомъ управленія внутренней киргизской орды; тѣ же начала распространяются на киргизовъ малой орды, которые за менѣе важныя преступныя дѣянія судятся по народнымъ своимъ обычаямъ, причемъ, однако, въ приложеніи къ 168 ст. улож. о нак. перечислены тѣ наказанія, которыя въ этихъ случаяхъ могутъ быть назначаемы: а) отдача подъ надзоръ; б) заключеніе подъ стражу; в) вознагражденіе за убытки; г) публичная временная работа; д) тѣлесное наказаніе розгами; наконецъ, калмыки, кочующіе на земляхъ войска Донскаго, которые за маловажныя дѣянія судятся по ихъ обычаямъ хотунными приказными и сотенными сборами. Всѣ эти изъятія сохранили свою силу и по введеніи въ тѣхъ мѣстностяхъ судебныхъ уставовъ, какъ видно изъ примѣч. къ ст. 1350 уст. уг. суд.

Болѣе значительныя изъятія установлены для инородцевъ Сѣвернаго Кавказа и Закавказья. Такъ, въ мѣстностяхъ Терской области, занятыхъ горскимъ населеніемъ, а равно въ Кубанской области—горскими словесными судами вѣдаются дѣла о преступныхъ дѣяніяхъ, указанныхъ въ примѣч. 1 къ ст. 1256 у. у. с.; кочевые инородцы Ставропольской губерніи по дѣламъ о пре-

ступныхъ дѣяніяхъ, указанныхъ въ ст. 1257 у. у. с., наказываются по мірскому приговору, съ вѣдома головъ и старшинъ и съ утвержденія полицейскаго начальства; въ Закатальскомъ округѣ, дѣла, указанныя въ ст. 1283 у. у. с., вѣдаются въ окружномъ словесномъ судѣ; въ области Карсской и округахъ Батумскомъ и Армавирскомъ Кутаисской губерніи вѣдѣнію общихъ судебныхъ мѣстъ подлежатъ только дѣла о преступныхъ дѣяніяхъ, въ 1 ч. ст. 1285 у. у. с. перечисленныхъ, а равно, когда туземцы обвиняются въ какихъ бы то ни было преступныхъ дѣяніяхъ противъ лицъ не туземнаго происхожденія, а въ области Дагестанской лишь дѣла по обвиненію лицъ горскаго населенія въ преступныхъ дѣяніяхъ противъ лицъ другихъ сословій (независимо отъ національности, рѣш. 1888 № 10), или же, когда дѣяніе совершено въ той мѣстности Дагестанской области, которая подвѣдома гражданскому управленію (95/20 о. с.); всѣ же прочія дѣла подсудны мѣстнымъ горскимъ или же военнымъ судамъ. Всѣ эти особые мусульманскіе суды разрѣшаютъ дѣла не на основаніи нашихъ законовъ и не на основаніи одного шаріата (мусульманскаго законодательства), но и по адату, т. е. по обычному праву, воспріявшему особое значеніе на Кавказѣ послѣ замиренія горцевъ [1]). Въ Азіатской Россіи такое изъятіе указано въ приложеніи къ 168 ст. улож. по отношенію къ кочевымъ и бродячимъ сибирскимъ инородцамъ, которые судятся по общимъ законамъ, если преступныя дѣянія учинены въ городахъ и селеніяхъ, или хотя и въ мѣстахъ кочевья, но за дѣянія, признаваемыя болѣе важными; равнымъ образомъ, тѣ же правила, только съ нѣкоторыми отличіями относительно объема преступныхъ дѣяній, были распространены и на сибирскихъ киргизовъ, причемъ въ уложеніи были намѣчены и карательныя мѣры, принимаемыя по отношенію къ нимъ въ случаѣ примѣненія обычнаго права, но по отношенію къ чукчамъ и другимъ инородцамъ, составляющимъ особый разрядъ (нигдѣ, впрочемъ, не опредѣленный), было допущено еще большее изъятіе, такъ какъ они подлежали общимъ законамъ только въ случаѣ убійства, насилія или корчемства; наоборотъ, для якутовъ изъятіе изъ общихъ законовъ допущено было въ весьма ограниченномъ размѣрѣ. Правила 13 Мая 1896 г. довольствовались въ этомъ отношеніи весьма неопредѣленною статьею (57), на основаніи коей изъ вѣдомства мировыхъ и судебныхъ установленій изъемлются дѣла о преступленіяхъ сибирскихъ кочевыхъ и бродячихъ инородцевъ, по коимъ они подлежатъ отвѣтственности предъ ихъ собственными судами [2]).

Далѣе, на основаніи положенія управленія Туркестанскимъ краемъ (т. II. ст. 210 и сл.), осѣдлые туземцы и кочевники по всѣмъ уголовнымъ дѣламъ, совершеннымъ ими, за исключеніемъ указанныхъ въ ст. 141 (объемлющей значительное количество уголовныхъ дѣлъ), а равно дѣлъ, совершенныхъ туземцами относительно русскихъ или въ предѣлахъ русскихъ поселеній, а также дѣлъ по преступленіямъ и проступкамъ между туземцами разныхъ народностей, имѣющихъ отдѣльные народные суды, вѣдаются народными судами и наказываются на основаніи существующихъ въ населеніи

---

[1]) Леонтовичъ, Адаты кавказскихъ горцевъ, 1882—1883.

[2]) См. Сборникъ обычнаго права Сибирскихъ инородцевъ, изд. Д. Самохвалова, 1876.

обычаевъ. Въ законѣ 2 Іюня 1898 г., которымъ распространено дѣйствіе судебныхъ уставовъ, кромѣ Туркестанскаго края въ тѣсномъ смыслѣ, и на области: Семирѣченскую, Акмолинскую, Семипалатинскую, Уральскую и Тургайскую, въ ст. 54 также указано, что изъ вѣдомства мировыхъ и общихъ судебныхъ установленій изъемлются дѣла о тѣхъ преступленіяхъ и проступкахъ туземцевъ и инородцевъ, по коимъ они подлежатъ отвѣтственности предъ ихъ собственными судами. Наконецъ, по временному положенію объ управленіи Квантунскою областью (зак. 1899 Авг. 16, собр. узак. 1524), коммисару по гражданской части (ст. 42) предоставлено право подвергать лицъ туземнаго управленія аресту не свыше мѣсяца, денежному взысканію до 30 рублей и тѣмъ наказаніямъ по мѣстнымъ обычаямъ, которыя признаетъ нужнымъ установить главный начальникъ края. Кромѣ того, по ст. 94 этого положенія, дѣла о преступленіяхъ и проступкахъ, совершенныхъ туземцами, подлежатъ вѣдѣнію мѣстныхъ народныхъ судовъ, за исключеніемъ болѣе тяжкихъ, подробно поименованныхъ въ ст. 95. На основаніи ст. 87 врем. положенія объ управленіи Квантунскою областью (1899 Авг. 16, собр. узак. 1524), власть судебныхъ установленій распространяется на всѣ дѣла, возникающія среди русскихъ или иностранцевъ, а также на дѣла, въ коихъ участвуютъ русскіе или иностранцы съ одной стороны, и туземцы съ другой; и, кромѣ того, на дѣла, возникшія среди туземнаго населенія, въ случаяхъ, перечисленныхъ въ ст. 95. Главный начальникъ края (ст. 96 и др.) можетъ лицъ туземнаго происхожденія препровождать къ ближайшимъ китайскимъ властямъ, для сужденія по китайскимъ законамъ; тѣ же правила, по закону 1901 г., распространены и на область отчужденія манчжурской желѣзной дороги.

По времен. полож. объ управл. Квантунскою областью (1899, Авг. 16, собр. узак. 1524), главному начальнику области предоставляется, въ исключительныхъ случаяхъ, когда совершающіяся въ краѣ тяжкія преступленія угрожаютъ нарушеніемъ общественнаго порядка и спокойствія среди населенія, передавать, по особому каждый разъ распоряженію, отдѣльныя дѣла о преступленіяхъ, влекущихъ по общимъ законамъ уголовныя наказанія, на разсмотрѣніе военнаго суда, съ примѣненіемъ законовъ о судѣ и наказаніяхъ военнаго времени, и конфирмовать приговоры по симъ дѣламъ.

Уголовное уложеніе, обобщая всѣ исчисленныя выше изъятія, довольствуется общимъ положеніемъ (ст. 5 и 2), что дѣйствіе уложенія не распространяется на дѣянія, наказуемыя по обычаямъ инородческихъ племенъ, въ предѣлахъ, закономъ установленныхъ.

Второе исключеніе составляетъ примѣненіе обычнаго права не въ окраинахъ, а въ ядрѣ Имперіи. Такое примѣненіе до закона 12 Іюля 1889 г. было допущено въ волостныхъ судахъ, такъ какъ, на основаніи ст. 102 общаго положенія о крестьянахъ, волостные суды, а также волостные и сельскіе старосты при опредѣленіи наказаній только примѣнялись къ правиламъ, установленнымъ въ сельско-судебномъ уставѣ, но этими постановленіями отнюдь не устранялось дѣйствіе обычаевъ и въ области уголовной юрисдикціи этихъ судовъ [1]). По закону же 1889 г. (ст. 25 и 35), въ тѣхъ мѣстностяхъ, гдѣ, съ

[1]) Скоробогатый, Примѣненіе наказаній въ волостномъ судѣ, Ю. В. 1882 г., № 8. О сельско-судебномъ уставѣ 1839, см. у Кистяковскаго и у Духовскаго, стр. 26 и сл.

введеніемъ земскихъ начальниковъ, преобразованы и волостные суды, и они въ дѣлахъ уголовныхъ руководствуются только общими уголовными законами, въ предѣлахъ ихъ компетентности, такъ что область примѣненія обычнаго права нынѣ крайне ограничена.

Наконецъ, нормы обычнаго права получаютъ значеніе по отношенію къ такимъ юридическимъ отношеніямъ, которыя, по самой ихъ природѣ, не могутъ быть регулируемы закономъ. Таковы многія международныя отношенія, гдѣ наравнѣ съ договорами дѣйствуютъ и международные обычаи.

Внѣ этихъ изъятій, обычно-народныя воззрѣнія не могутъ служить основаніемъ судебныхъ приговоровъ.

Разрытіе могилъ, напр., во многихъ мѣстностяхъ производится подъ вліяніемъ суевѣрія и часто считается не преступленіемъ, а гражданскимъ долгомъ: для того, чтобы избавиться отъ посѣщеній умершаго колдуна, въ однихъ мѣстностяхъ перевертываютъ мертвеца лицомъ внизъ и въ спину ему вбиваютъ осиновый колъ; въ другихъ считаютъ необходимымъ отрубить мертвецу голову и положить ее у его ногъ; крестьяне не считаютъ грѣхомъ убить колдуна, отъ котораго никто не можетъ уберечься; при опахиваніи крестьянками селенія для огражденія отъ повальной болѣзни, всякій попавшійся на дорогѣ считается смертью, противъ которой совершается обрядъ, и потому его бьютъ безъ жалости, чѣмъ попало; въ нѣкоторыхъ мѣстностяхъ не считается преступнымъ ловъ рыбы въ чужихъ водахъ и даже взятіе овощей съ чужихъ полей и т. д. [1]). Но можетъ ли судья, несмотря на запрещенность этихъ дѣяній закономъ, признать такія дѣянія не наказуемыми, ссылаясь на обычай? Конечно, нѣтъ. Существованіе извѣстнаго обычая, подъ вліяніемъ коего совершено данное дѣяніе, суевѣріе и т. п., можетъ быть причиною уменьшенія наказанія, но не является условіемъ безнаказанности. Хорошій практикъ-судья, конечно, долженъ быть знакомъ съ бытовыми чертами своего народа, но знаніе это необходимо только для правильнаго закономѣрнаго примѣненія уголовнаго закона, а не для его устраненія и замѣны [2]).

«По адату, напр., въ случаѣ совершенія такого рода преступленія, которое, по мнѣнію народа, наноситъ безчестье цѣлому семейству, не только дозволяется, но какъ бы вмѣняется въ обязанность самому ближайшему родственнику пострадавшаго убить его, безъ всякаго суда или разбора дѣла. Неисполненіе этого влечетъ за собою укоры, насмѣшки и явное неуваженіе къ неисполнившему своего долга, особенно если виновный не бѣжитъ изъ селенія въ отдаленное мѣсто.

«По адату дозволяется безнаказанно убить: 1) каждому своего кровнаго врага; 2) насилующаго, нападающаго изъ засады, грабителя—объявленнаго врагомъ всего общества; 3) хозяину дома или поля—вора, пойманнаго на

---

[1]) Приведенныя указанія взяты у Якушкина, в. с., стр. XXXIII и сл.; много интереснаго матеріала собрано у А. Левенстима, Суевѣрія и уголовное право, 1897.

[2]) А. Кистяковскій приводитъ примѣръ рѣшенія волостнаго суда Черниговской губерніи, присудившаго крестьянина къ 10 руб. штрафа за околдованіе лошади сосѣда, причемъ на виновнаго, независимо отъ штрафа, возложена обязанность снять колдовство съ лошади, но едва ли желательно встрѣтить такой же приговоръ коронныхъ судей. У Левенстима, стр. 56 и сл., приведено нѣсколько примѣровъ назначенія уголовной отвѣтственности за околдованіе самого суда.

мѣстѣ преступленія; 4) мужу, отцу, сыну и брату—всякаго застигнутаго въ любодѣяніи съ женою, дочерью, матерью или сестрою; 5) пойманныхъ на мужеложствѣ, и 6) похитителя женщины при преслѣдованіи родственниками похищенной.

«Затѣмъ всякое другое убійство влечетъ за собою кровомщеніе; право и обязанность преслѣдовать убійцу или примириться съ нимъ принадлежитъ преимущественно самому близкому родственнику убитаго; но допускаются къ этому остальные родственники, а именно тѣ, которые по шаріату считаются наслѣдниками убитаго.

«Убійца, по совершеніи преступленія или по признаніи его виновнымъ въ немъ, долженъ немедленно удалиться изъ селенія и можетъ быть преслѣдуемъ родственниками убитаго (выходъ въ канлы).

«Во все время изгнанія, убійца, для собственной безопасности, долженъ скитаться съ мѣста на мѣсто, ему никто не долженъ сопутствовать. Въ знакъ раскаянія канлы не долженъ брить головы, не можетъ заниматься хлѣбопашествомъ; ему запрещается входъ въ свое селеніе и вообще въ то мѣсто, гдѣ живутъ родственники убитаго.

«По истеченіи извѣстнаго времени послѣ убійства, канлы долженъ, при содѣйствіи своихъ родственниковъ и почетныхъ жителей своего селенія, искать примиренія съ родственниками убитаго; примиреніе можетъ состояться въ такомъ только случаѣ, когда всѣ, безъ исключенія, родственники убитаго, какъ мужчины, такъ и женщины, согласятся простить убійцу.

«Обрядъ примиренія совершается различно, но всегда примирившійся убійца считается кровнымъ братомъ, т. е. замѣняетъ собою убитаго въ семействѣ этого послѣдняго. Съ убійцы и его родственниковъ взыскивается въ пользу наслѣдниковъ убитаго: алымъ, діятъ и штрафъ.

«Обычай опредѣляетъ съ подробностью разсчеты и платежи по раненіямъ, увѣчьямъ, кражамъ и всѣмъ прочимъ видамъ преступленій, случающихся между горцами. Во всѣхъ этихъ адатахъ имущественная отвѣтственность играетъ главную роль: раненый всегда лечится на счетъ поранителя и получаетъ отъ него еще особое вознагражденіе, размѣръ котораго зависитъ отъ раны или увѣчья; украденное имущество или стоимость его всегда возвращается обокраденному. Независимо отъ сего, со всякаго виновнаго берется штрафъ» [1]).

Конечно, горскіе народные суды при разрѣшеніи дѣлъ, имъ подсудныхъ, руководствуются положеніями адата, но никакой общій судъ не можетъ основать свой примѣръ на этихъ обычаяхъ и признать, напр., кровнаго местника учинившимъ дѣяніе, не почитаемое преступнымъ; самое большее, что можетъ судъ сдѣлать въ этомъ случаѣ, при несомнѣнности, что виновникъ дѣйствительно простое орудіе мощнаго обычая,—это ходатайствовать, въ виду исключительныхъ смягчающихъ обстоятельствъ, объ уменьшеніи наказанія, въ

---

[1]) См. въ высшей степени интересную записку князя Дондукова-Корсакова о нѣкоторыхъ мѣрахъ къ улучшенію судебной части въ Кавказскомъ краѣ, въ матеріалахъ по судебной реформѣ, т. X, стр. 33 и сл.; въ особенности стр. 59 и сл., объяснительная записка къ предположеніямъ о преобразованіи военно-горскихъ управленій.

особенности въ области правопораженій, въ размѣрѣ, выходящемъ за предѣлы судейской власти, въ установленномъ для сего порядкѣ.

Далѣе, во многихъ мѣстностяхъ и нынѣ по обычному праву примѣняются осрамительныя наказанія. Вору, пойманному съ поличнымъ, связываютъ руки и надѣваютъ ему на шею, или привязываютъ на спину украденную вещь: кусокъ полотна, снопъ хлѣба, живую курицу; иногда на него надѣваютъ хомутъ, сдѣланный изъ соломы, или раздѣваютъ его до-нага, обмазываютъ дегтемъ и обсыпаютъ перьями. Малороссы наказываютъ за развратъ публичнымъ посрамленіемъ и сѣченіемъ. На дѣвушку, виновную въ баловствѣ, надѣваютъ соломенный хомутъ и водятъ ее по селенію, то же дѣлаютъ и съ отцомъ за то, что онъ не углядѣлъ за дочерью. Въ другихъ мѣстностяхъ женщину за развратъ привязываютъ къ столбу у воротъ, или, посадивъ въ телѣгу, вмѣстѣ съ ея любовникомъ, возятъ по улицѣ, или, обнаживъ ихъ, водятъ по улицѣ и т. п. [1]). Но можетъ ли какой нибудь мировой судья, или окружной судъ, примѣнить одно изъ этихъ наказаній, ссылаясь на обычай? Въ нашемъ правѣ, какъ и во всѣхъ современныхъ кодексахъ, укрѣпилось положеніе, выраженное въ ст. 771 уст. угол. суд., и еще полнѣе указанное въ первой статьѣ уголовнаго уложенія, что преступнымъ признается только дѣяніе, воспрещенное подъ страхомъ наказанія *закономъ*, и что никто не можетъ быть приговоренъ къ иному наказанію, кромѣ опредѣленныхъ въ законѣ: «nullum crimen, nulla poena sine lege».

Это основное положеніе современнаго уголовнаго права вытекаетъ изъ условій охраны гражданской свободы, требующей, чтобы дѣянія, нарушающія право и влекущія наказанія, были съ точностію опредѣлены [2]).

---

[1]) По адату кавказскихъ горцевъ опредѣляются слѣдующія взысканія: 1) изгнаніе виновнаго изъ селенія съ предоставленіемъ обиженному и его родственникамъ права убить безнаказанно изгоняемаго, или простить его на извѣстныхъ условіяхъ. Это изгнаніе называютъ выходомъ въ каплы, оно сопровождается всегда опредѣленнымъ взысканіемъ съ виновнаго деньгами или имуществомъ въ пользу обиженнаго или его наслѣдниковъ. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ изгоняется не одинъ виновный, но и опредѣленное число его ближайшихъ родственниковъ или все семейство, живущее въ одномъ съ нимъ домѣ; 2) изгнаніе изъ селенія на опредѣленный срокъ, но безъ предоставленія обиженному права убить изгоняемаго; 3) взысканіе деньгами или имуществомъ съ виновнаго въ пользу обиженнаго; 4) штрафъ деньгами или имуществомъ, часть котораго поступаетъ въ общественную сумму селенія, къ которому принадлежитъ потерпѣвшій, или въ которомъ совершено имъ преступленіе, часть же идетъ въ пользу картовъ—другихъ членовъ сельскаго управленія.

[2]) Противъ обычнаго права, какъ непосредственнаго источника, высказался уже Feuerbach, въ § 5, а также Grolman, Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft, § 128. Какъ справедливо говоритъ Іеринъ, замѣна нормъ обычнаго права закономъ составляетъ не ухудшеніе, какъ показала историческая школа, а несомнѣнное улучшеніе правопорядка, придавая велѣніямъ права опредѣленность. Иначе смотритъ на этотъ вопросъ Binding, Handbuch, § 44, который полагаетъ, что «обычай можетъ не только указывать на необходимость отмѣны закона, но и самъ непосредственно отмѣнять его, какъ скоро судъ, напр., усмотритъ, что воля законодателя въ дѣйствительности перестала существовать, а законъ, какъ форма, продолжаетъ существовать: постоянное несоблюденіе отжившаго закона есть не поводъ отмѣны, а сама отмѣна; точно также несомнѣнно, что когда извѣстное дѣяніе заслуживаетъ наказанія, и его незапрещенность объясняется только косностью законодателя, то наступитъ моментъ, когда практика будетъ предполагать такой запретъ существующимъ и наказывать на основаніи предполагаемой воли законодателя». Но сколько нибудь твердаго юридическаго основанія этого, практически крайне опаснаго, положенія, Биндингъ не представляетъ. Нельзя не замѣтить, что даже въ нашемъ

Конечно, нѣсколько въ иномъ отношеніи стоитъ обычное право къ дѣятельности законодателя. Всякое право имѣетъ въ виду извѣстное состояніе юридическаго быта, ту сумму юридическихъ положеній, институтовъ, которые находитъ кодексъ въ общемъ юридическомъ строѣ страны. Каждое юридическое положеніе, выходящее отъ законодателя, имѣетъ или должно имѣть непосредственное отношеніе къ интересамъ данной страны, въ данную эпоху, ради которыхъ оно возникаетъ. Слѣдовательно, понятно, что всякая юридическая реформа, для того, чтобы имѣть жизненную силу, должна стоять въ непосредственной связи съ юридическимъ міровоззрѣніемъ даннаго народа и его обычнымъ правомъ [1]).

Но отсюда далеко до вывода, по крайней мѣрѣ, въ области уголовныхъ законовъ, что мѣстные обычаи, хотя бы и глубоко вкоренившіеся въ населеніе, должны претвориться всецѣло въ законъ. Если сыновья Ярослава, собравшись межъ собою, рѣшили отмѣнить убіеніе за голову, а допустить «кунами ся выкупати», то казалось бы, что и воспрещеніе кровной мести нынѣ нельзя считать грѣхомъ законодателя противъ историческихъ принциповъ законодательства. Если достовѣрно указаніе, что ни одна невѣста не выйдетъ за джигита, не успѣвшаго украсть нѣсколько головъ барановъ или рогатаго скота, то нельзя же серьезно рекомендовать законодателю признать подобныя похищенія не преступными. Если умыканіе невѣсты составляетъ дѣйствительный предбрачный обрядъ, то, конечно, умычника нельзя признать виновнымъ въ насильственномъ похищеніи, за отсутствіемъ дѣйствительнаго насилія, но отвѣтственность его несомнѣнно должна наступить, когда насиліе становится не обрядомъ, а дѣйствительнымъ проявленіемъ силы, когда насиліе выразилось въ нанесеніи ранъ или увѣчья похищаемой или лицамъ, противившимся похищенію. Законодатель долженъ считаться съ народными воззрѣніями, въ особенности въ области разграниченія наказуемаго и не наказуемаго, но не подчиняться имъ, памятуя, что онъ, карая, учитъ.

Вліяніе народно-правовыхъ воззрѣній можетъ совершаться двоякимъ путемъ: или положительно, когда законодатель, предпринимая какую либо реформу дѣйствующаго права, собираетъ путемъ научныхъ изысканій или путемъ правительственныхъ коммисій, народно-правовыя воззрѣнія, или путемъ отрицательнымъ, указаніемъ на непримѣнимость извѣстныхъ правоположеній въ народной жизни.

сводѣ законовъ, въ который составители вносили всѣ постановленія, начиная съ соборнаго уложенія царя Алексѣя Михайловича, прямо и положительно не отмѣненныя или не замѣненныя, даже не останавливаясь на вопросѣ о томъ, могли ли эти узаконенія, по существу, имѣть практическое значеніе и были ли они согласны съ общимъ направленіемъ дѣйствовавшаго въ то время законодательства и съ условіями государственнаго и общественнаго строя, все-таки устраненіе этихъ устарѣвшихъ постановленій при позднѣйшей кодификаціи свода производилось законодательною властью.

[1]) Крайнее воззрѣніе защищаетъ П. Муллов, Значеніе народныхъ юридическихъ обычаевъ, Ж. М. Ю. 1862, предлагающій прямое возведеніе народныхъ обычаевъ въ законъ; впрочемъ, и онъ имѣетъ главнымъ образомъ въ виду гражданское законодательство. Ср. также Н. Сергѣевскій, пособія, стр. 4 и сл. Обратное отношеніе къ историческому значенію обычнаго права у Петражицкаго, въ его статьяхъ въ «Правѣ» за 1899 г. Онъ считаетъ крѣпость обычно-правовыхъ началъ тормазомъ гуманнаго развитія человѣчества.

Въ области уголовнаго права это послѣднее воззрѣніе пріобрѣло особенную силу со времени введенія суда присяжныхъ, какъ органа, могущаго непосредственно проявлять въ судѣ народныя правовоззрѣнія. Если мы видимъ, что обвиненіе по извѣстному преступленію или проступку влечетъ во всѣхъ судебныхъ округахъ, безотносительно къ личному составу судовъ, къ большей или меньшей талантливости обвиненія или защиты, полное оправданіе обвиненныхъ или низведеніе ихъ наказуемости къ возможному минимуму, то естественно предположить, что такое явленіе свидѣтельствуетъ о несоотвѣтствіи этихъ положеній народнымъ воззрѣніямъ на право и условіямъ раціональной охраны юридическихъ интересовъ.

31. Но во всякомъ единеніи людей это разрѣшеніе возникающихъ между ея членами споровъ сначала преимущественно, а потомъ и исключительно, принадлежитъ особымъ лицамъ, старѣйшимъ и вѣщимъ, блюстителямъ преданій и завѣта, изрекающимъ судъ и правду. Эти представители и уполномоченные являются не только провозгласителями живущихъ въ народѣ правовоззрѣній, но, въ силу исполняемыхъ ими функцій, проявляютъ и самостоятельное творчество въ разрѣшеніи подлежащихъ ихъ вѣдѣнію споровъ о правѣ, и эти установляемыя ими правовыя положенія, путемъ постояннаго соблюденія, нерѣдко пріобрѣтаютъ ту же силу обычнаго права. Такимъ образомъ, рядомъ съ народно-обычнымъ правомъ и совмѣстно съ нимъ появляется право судебно-обычное. Путемъ взаимодѣйствія судебной практики и народнаго обычая сложились почти всѣ извѣстныя въ исторіи системы обычнаго права; этимъ путемъ выработаны главнѣйшіе его сборники, напр., Русская Правда, германскія зерцала, сборники морскихъ обычаевъ и т. п.[1]).

Въ эпоху окончательнаго сформированія государства, какъ у насъ, напр., въ Московскій періодъ, это судебное правоположеніе даже пріобрѣтаетъ первенствующее значеніе. Стоитъ вспомнить судебники, книгу разбойнаго приказа. Да и при составленіи уложенія царя Алексѣя Михайловича, среди его источниковъ, боярскіе приговоры занимали видное мѣсто.

Но и въ этой формѣ обычное правовоззрѣніе можетъ имѣть въ современномъ правѣ только субсидіарное значеніе, и притомъ безразлично, проявляется ли оно конклюдентными дѣйствіями, свидѣтельствуясь постояннымъ соблюденіемъ, или получаетъ опредѣленное письменное выраженіе, являясь прецедентомъ, входя въ широкую область такъ называемой jurisprudence des arrêts. При современной конструкціи права, судебно-обычныя правовыя положенія не могутъ быть правовыми нормами въ строго юридическомъ смыслѣ, не могутъ быть признаваемы велѣніями авторитетной воли, которыя должны быть соблюдаемы подъ угрозою наказанія, но въ то же время они, какъ и народно-правовыя воззрѣнія, составляютъ одинъ изъ главнѣйшихъ источниковъ, изъ котораго можетъ и долженъ черпать свои положенія законодатель, такъ какъ судебная практика и есть тотъ путь, которымъ потребности жизни въ области права заявляются законодателю [2]).

---

[1]) К. Малышевъ, Курсъ, стр. 85 и сл.

[2]) Иное мнѣніе высказываютъ въ этомъ отношеніи Binding и H. Meyer, находя, что и нынѣ судебная практика является источникомъ права; противъ Листъ.

Наконецъ, съ развитіемъ государственной жизни, кромѣ дѣятельности практической, направляющейся къ установленію и разрѣшенію правоотношеній, болѣе и болѣе важную роль получаетъ и наука. Но можно ли отнести къ правопроизводящимъ источникамъ научную разработку права?

Теоретикъ, изслѣдующій право въ литературѣ, или, путемъ устнаго преподаванія съ кафедры, анализирующій жизненныя проявленія юридическихъ отношеній, исторически накопившійся матеріалъ народно-обычнаго права, судебныя рѣшенія и положенія закона, сопоставляющій ихъ съ данными чужеземнаго права, возводя эти данныя къ общимъ принципамъ или, обратно, расчленяя существующія правовыя положенія путемъ дедуктивнымъ, и въ томъ, и въ другомъ случаѣ, конечно, не только даетъ матеріалъ для существующаго права, не только разъясняетъ недоразумѣнія, указываетъ неполноту, но и создаетъ или устанавливаетъ правовыя положенія, могущія пополнить структуру права [1]). Но и эти результаты научной работы не могутъ быть признаваемы, по крайней мѣрѣ, въ области уголовнаго права, тѣми юридическими нормами, коими непосредственно опредѣляется область запрещеннаго или дозволеннаго, какимъ бы научнымъ авторитетомъ ни пользовался данный изслѣдователь права [2]); современное уголовное право не допускаетъ ссылку на мнѣніе правоискусниковъ, какъ на основу, а не на пособіе при установленіи отвѣтственности за учиненныя дѣянія. Такого рода изысканія и работы могутъ быть только матеріаломъ для законодателя при реформѣ или созиданіи законовъ уголовныхъ.

Итакъ, въ современной общественной жизни, съ ея переплетающимися взаимодѣйствіями, столкновеніями, борьбою отдѣльныхъ личностей, группъ, классовъ, партій, съ ея разнообразіемъ матеріальныхъ и духовныхъ интересовъ, требующихъ взаимнаго упорядоченія, равномѣрной, а потому и справедливой правоохраны—это примиреніе интересовъ, положеніе границъ свободной дѣятельности сталкивающихся лицъ, принадлежитъ только правящей власти, именно въ этомъ созиданіи и прогрессивномъ развитіи уклада общественной жизни и осуществляющей свое идейное назначеніе. Законъ, какъ выраженіе авторитетной воли, есть нынѣ то русло, по которому преимущественно, а иногда и исключительно, течетъ вызываемое потребностями народной жизни право. Въ этомъ смыслѣ статья 47 основныхъ законовъ нашихъ говоритъ, что имперія Россійская управляется на твердомъ основаніи законовъ, учрежденій и уставовъ, отъ самодержавной власти исходящихъ. Изслѣдованіе условій рожденія, жизни и смерти, равно и характеристическихъ признаковъ этого источника права, заслуживаетъ особаго вниманія.

---

1) Ср. Geib, § 63; Puchta, Gewohnheitsrecht, I, стр. 161.

2) Въ германской литературѣ, однако, до послѣдняго времени существовало воззрѣніе, причислявшее къ непосредственнымъ источникамъ права даже философію права; такъ, подобное положеніе защищалъ еще Бернеръ въ первыхъ изданіяхъ своего учебника; въ послѣднихъ онъ не упоминаетъ вовсе о наукѣ права въ числѣ источниковъ. Другіе, какъ, напр., Schütze, § 2, приходятъ къ противоположному выводу, говоря, что даже и въ эпоху Каролины ссылка на «Rath der Rechtsverständigen» означало только ссылку на толкованіе закона, а не на самостоятельный источникъ. Вѣрное замѣчаніе дѣлаетъ Bierlepe, что признавать науку права за его непосредственный источникъ, значитъ смѣшать повивальную бабку съ родильницею.

32. Сводя же все вышесказанное о нормахъ права, посягательство на реальное бытіе коихъ воспрещается подъ страхомъ наказанія, мы получаемъ слѣдующіе выводы:

Непосредственнымъ первоисточникомъ права является жизненное удовлетвореніе человѣческихъ потребностей или осуществленіе человѣческихъ цѣлей; этимъ путемъ возникаютъ интересы, регулированіе взаимныхъ отношеній коихъ и охрана даетъ содержаніе праву.

Установленіе и формулировка этихъ положеній дѣлается или непосредственно, самою жизнью, разрѣшеніемъ конкретно возникающихъ столкновеній и споровъ путемъ обычнаго права, или же посредственно, въ сложившихся государствахъ, волею верховной государственной власти, путемъ закона.

Формулировка положеній обычнаго права можетъ быть выполняема или самимъ народомъ, такъ возникаетъ мѣстное, родовое или племенное обычное право; или лицами, на коихъ возлагается примѣненіе и охраненіе права, такъ возникаетъ судебно-обычное право; или же, въ особенно исключительныхъ случаяхъ, отдѣльными изслѣдователями права. Формулировка же закона совершается всегда въ порядкѣ и формѣ, самимъ же закономъ установленныхъ.

Эти способы формулировки относятся ко всей области права, слѣдовательно, и къ велѣніямъ, коими воспрещается или предписывается извѣстная дѣятельность, а въ частности и къ тѣмъ нормамъ, неисполненіе коихъ влечетъ уголовную отвѣтственность неисполнившаго, къ нормамъ карательнымъ.

Взаимное отношеніе способовъ формулировки карательныхъ нормъ крайне различно: въ первичную эпоху жизни каждаго народа исключительно господствуютъ нормы обычнаго права; въ эпоху организаціи государствъ, въ эпоху переходную: во-1-хъ, совершается превращеніе нормъ обычнаго права въ законъ и во-2-хъ, нормы обычнаго права составляютъ существенное и обширное по объему дополненіе карательнаго закона; и, наконецъ, въ большинствѣ современныхъ государствъ, а въ томъ числѣ и у насъ, карательныя нормы почти исключительно создаются законодателемъ, являются въ видѣ карательнаго закона, а карательныя нормы обычнаго права имѣютъ только крайне ограниченное дополнительное значеніе.

Поэтому необходимо болѣе подробно заняться разсмотрѣніемъ карательнаго или, примѣняясь къ терминологіи дѣйствующаго права, уголовнаго закона.

§ 2. Уголовный законъ и его элементы.

33. Уголовный законъ есть повелѣніе, въ установленномъ порядкѣ отъ верховной власти исходящее, коимъ опредѣляется уголовная отвѣтственность за посягательство на нормы права.

Такимъ образомъ, логическимъ предположеніемъ каждаго уголовнаго закона является бытіе нормы, но отсюда еще не вытекаетъ, чтобы всякая норма, охраняемая уголовнымъ закономъ, имѣла безусловно независимое отъ него самостоятельное внѣшнее существованіе, такъ сказать, исторически ему

предшествовавшее. Въ этомъ отношеніи нельзя согласиться съ Биндингомъ, что уголовный законъ только объявляетъ извѣстныя нарушенія нормъ наказуемыми, но никогда не творитъ преступности, такъ какъ такое положеніе опровергается законодательною практикою всякой страны [1]).

Представимъ себѣ тотъ моментъ изъ жизни государства, когда въ немъ появляется новый уголовный кодексъ. Несомнѣнно, что наибольшую группу велѣній, неисполненіе коихъ долженъ обложить наказаніемъ законодатель, будутъ составлять издавна существующія нормы обычнаго права или нормы закона; но несомнѣнно также, что рядомъ съ этою основною частью новаго кодекса въ немъ будетъ извѣстный придатокъ, продуктъ творческой дѣятельности законодателя. Данныя науки, опытъ иностранныхъ государствъ, указанія судебной практики, изученіе прежняго замѣняемаго права, все это даетъ очень часто матеріалъ, заставляющій законодателя вводить новыя карательныя нормы, по его мнѣнію, жизнепригодныя, надлежаще содѣйствующія охранѣ юридическихъ интересовъ, развитію государственнаго благосостоянія, порядка и спокойствія, такъ что воспрещеніе или требованіе чего либо, велѣніе авторитетной воли, входитъ въ юридическій оборотъ одновременно съ карательнымъ закономъ, устанавливающимъ отвѣтственность за неисполненіе этого постановленія. А если мы припомнимъ, что нормы права, неисполненіе коихъ облагается наказаніемъ, иногда только и распознаются изъ уголовнаго закона, заключаются въ немъ какъ бы въ скрытомъ видѣ, то понятно, что законодатель, создавая новый уголовный кодексъ или перерабатывая старый, не только отыскиваетъ и беретъ уже существующія нормы, но и нерѣдко создаетъ новыя. А то, что съ несомнѣнностью проявляется при всякой обширной законодательной реформѣ, вполнѣ возможно и при изданіи каждаго отдѣльнаго закона.

Итакъ, норма есть всегда логическое, но не всегда фактическое предположеніе уголовнаго закона; она можетъ существовать независимо отъ закона уголовнаго въ видѣ нормы неписаннаго права или въ видѣ закона, но она можетъ быть и неразрывно слита съ закономъ уголовнымъ, распознаваема только изъ него; въ этомъ послѣднемъ случаѣ вполнѣ возможно, что норма возникаетъ одновременно съ уголовнымъ закономъ, живетъ и видоизмѣняется вмѣстѣ съ нимъ и вымираетъ съ его отмѣною.

34. Какое же юридическое значеніе имѣетъ созданіе уголовнаго закона, установляющаго отвѣтственность за посягательство на норму?

---

1) Справедливо говоритъ Waechter, Deutsches Strafrecht, 1881, § 30: «Какія дѣянія соотвѣтствуютъ или противорѣчатъ требованіямъ права, что право и что неправо, это установляется большею частію не уголовнымъ правомъ, а другими областями права. Тамъ опредѣляется право, которое должно дѣйствовать въ различныхъ правовыхъ сферахъ, коихъ оно касается; тамъ опредѣляется то, что въ различныхъ соціальныхъ отношеніяхъ должно почитаться правомъ или неправомъ; тамъ содержится то, что Биндингъ называетъ нормами. Но не только эти области, но также и уголовные законы содержатъ подобныя нормы. Каждый уголовный законъ содержитъ указаніе на таковую норму и притомъ или прямо и положительно, когда онъ начинается съ запрета или приказа, а потомъ уже говоритъ о нарушеніи таковаго; или же таковая норма подразумѣвается въ уголовномъ законѣ; она установляется въ немъ его опредѣлительною частью».

Норма права заключаетъ въ себѣ двойственную природу: воспрещая или повелѣвая что либо, она, съ одной стороны, какъ положеніе, опредѣляющее взаимоотношенія людей, учитъ должному, указываетъ и наставляетъ въ томъ, что признается правомъ и обязанностью при тѣхъ или другихъ дѣйствіяхъ и столкновеніяхъ; съ другой, какъ выраженіе правополагающей воли, она, обращаясь къ членамъ общежитія, совершающимъ или имѣющимъ совершать что либо, требуетъ подчиненія волѣ, творящей право (создаетъ Recht auf Botmässigkeit, по выраженію Биндинга), создаетъ обязанность подчиненія: каждый обязанъ воздержаться отъ извѣстнаго дѣйствія или выполнить извѣстное дѣйствіе, какъ скоро наступятъ условія, при наличности коихъ оно воспрещается или требуется нормою [1]).

Оба эти момента всегда и безусловно присущи каждой нормѣ, но практически второй получаетъ дѣйствительное бытіе лишь тогда, когда норма сдѣлалась руководящимъ началомъ жизни, путемъ ея болѣе или менѣе продолжительнаго и постояннаго соблюденія въ правѣ обычномъ, или посредствомъ воплощенія въ законъ, хотя бы это былъ и lex imperfecta.

Но законодатель иногда идетъ далѣе: онъ не только опредѣляетъ послѣдствія неподчиненія его волѣ, выраженной въ нормѣ, но придаетъ этимъ послѣдствіямъ карательный характеръ, дѣлаетъ норму содержаніемъ уголовнаго закона. Чего же достигаетъ государство этимъ преобразованіемъ нормы? [2]).

Норма права обращается исключительно къ тому, на кого она налагаетъ обязанность подчиненія; уголовный законъ, создавая особое отношеніе государства къ посягающему на норму, имѣетъ многоразличное отношеніе: во-1-хъ, къ лицамъ, обязаннымъ воздерживаться отъ нарушеній, къ возможному виновнику, во-2-хъ, къ органамъ власти, устанавливающимъ преступность и наказуемость, и, наконецъ, въ-3-хъ, къ самому государству, во имя и ради интересовъ котораго налагается наказаніе.

Такъ какъ, по отношенію къ отдѣльнымъ лицамъ, обязанность подчиненія возникаетъ изъ самой нормы, то законъ уголовный не создаетъ для нихъ никакихъ новыхъ обязанностей [3]); онъ только своею опредѣлительною частію установляетъ съ большею точностью признаки того, что предписывается или воспрещается нормами, а въ санкціи, указывая на послѣдствія неисполненія данной нормы, создаетъ иногда, да и то только возможный, противовѣсъ тѣмъ чувственнымъ побужденіямъ, которыя могутъ вызвать неисполненіе требо-

1) О двойственной природѣ правовыхъ положеній: какъ наставленія о предѣлахъ человѣческаго свободнаго взаимодѣйствія въ обществѣ (Recht als Lehre) и какъ велѣнія, обязывающаго къ подчиненію (Recht als Macht) ср. Merkel, Juristische Encyclopädie, 1885; Lehrbuch, стр. 18—20. Объ авторитетной волѣ, созидающей право, у него же § 43; ср. также приведенную тамъ литературу, въ особенности Ihering, Das Zweck im Recht, 2 изд. 1883 и 1884; A. Thon, Rechtsnorm und Subjectives Recht, 1878, § 1.

2) Ср. Binding, Normen, § 2, Die Bedeutung des Strafgesetzes. Противъ его вывода, что уголовный законъ установляетъ только обязанность государства—см. замѣчанія у Вехтера, Deutsches Strafrecht, § 30.

3) Binding (§ 2) даже высказываетъ такую мысль, что еслибы обязанность подчиненія требованіямъ права, а въ частности угрозѣ закона, создавалась только уголовнымъ закономъ, то скрывшійся убійца являлся бы виновнымъ въ двухъ преступныхъ дѣяніяхъ—убійствѣ и неподчиненіи закону; соотвѣтственно сему Биндингъ во второмъ изданіи (§ 5) относитъ уголовные законы не къ повелѣвающимъ, а къ уполномочивающимъ правоположеніямъ.

ваній нормы. Такимъ образомъ, по отношенію къ нарушителю велѣній нормы, законъ уголовный имѣетъ значеніе наставительно-предупредительное: преступникъ подлежитъ наказанію потому, что онъ не исполнилъ велѣнія нормы, за неисполненіе коей законъ грозитъ наказаніемъ, а не потому, что на него не воздѣйствовала угроза закона; всякій не долженъ убивать не потому, что за убійство положена каторга, а потому, что этимъ нарушается признанная подлежащею карательной охранѣ норма—«не убей».

По отношенію къ органамъ власти, опредѣляющимъ виновность и наказуемость лицъ, посягающихъ на нормы права, законъ уголовный является только основою ихъ дѣятельности, главною посылкою того силлогизма, въ построеніи котораго, по выраженію Наказа Екатерины II, и заключается вся судейская дѣятельность: часть описательная указываетъ тѣ признаки, которые должны заключаться въ извѣстномъ дѣяніи для того, чтобы учинившій оное могъ быть признанъ виновнымъ въ наказуемомъ нарушеніи нормы, а санкція указываетъ тѣ юридическія послѣдствія, которыя должны быть назначены приговоромъ суда лицу, виновному въ таковомъ посягательствѣ. Постановленія же о томъ, какъ именно долженъ дѣйствовать судъ или его органы, констатируя преступное событіе, установляя виновность, опредѣляя мѣру отвѣтственности, исполняя приговоръ, и т. д., входятъ въ особую область права, въ законы процессуальные; но, разумѣется, если въ законѣ уголовномъ находятся постановленія процессуальнаго характера, указывающія на условія самаго возбужденія преслѣдованія, или положенія объ условіяхъ, устраняющихъ наказуемость, какъ, напр., о давности, помилованіи, о допусти мости извѣстныхъ доказательствъ, напр., при клеветѣ въ печати, объ условіяхъ выдачи и т. д., то въ этихъ своихъ постановленіяхъ уголовный законъ является нормою и для судьи, опредѣляя его права и обязанности при разборѣ дѣлъ уголовныхъ.

Вмѣстѣ съ тѣмъ, законъ уголовный установляетъ предѣлы карательной власти судьи по отношенію къ отдѣльнымъ преступнымъ дѣяніямъ, и въ особенности установляетъ maximum тѣхъ стѣсненій и каръ, которымъ можетъ быть подвергнутъ преступникъ за данное дѣяніе, а чрезъ это законъ создаетъ существенную гарантію для каждаго подсудимаго: виновный не можетъ подвергнуться иному наказанію, кромѣ того, которое установлено авторитетною властью законодателя, или въ размѣрахъ, превышающихъ размѣръ, закономъ опредѣленный.

Но наиболѣе значенія имѣетъ законъ уголовный для самого государства. Установляя, какія именно посягательства на охраненные нормами интересы признаются столь существенными условіями общежитія, что государство защищаетъ ихъ отъ неисполненія угрозою наказанія, законъ уголовный опредѣляетъ содержаніе, возникновеніе и прекращеніе отношеній, образующихся между государствомъ и преступникомъ вслѣдствіе учиненія преступнаго дѣянія; другими словами, опредѣляетъ объемъ и условія осуществленія правоохраны. Карательные законы создаютъ для государства, независимо отъ права требовать повиновенія установленнымъ имъ нормамъ, право примѣнять въ числѣ мѣръ охраны и наказаніе за ослушаніе этого требованія, а преступника принуждаютъ подчиняться назначенному наказанію: отсюда устраненіе юридической возможности обороны противъ лица, примѣняющаго наказанія, далѣе,

дисциплинарная, а иногда и уголовная отвѣтственность за побѣгъ изъ мѣстъ заключенія, съ поселенія и т. д.

По нашему праву, законъ уголовный, какъ и всякій другой законъ, долженъ быть велѣніемъ верховной власти, т. е. долженъ, согласно съ нашими основными законами, быть или закономъ за собственноручнымъ Высочайшимъ подписаніемъ (ст. 53 и 54 зак. основ.), послѣдовавшимъ на мнѣніяхъ Государственнаго Совѣта (ст. 124 учр. гос. сов.), или же словеснымъ Высочайшимъ повелѣніемъ, въ видѣ указа, объявляемаго мѣстами и лицами, отъ верховной власти къ сему уполномоченными, какъ скоро законъ состоитъ въ дополненіи и изъясненіи закона, коими устанавливается токмо образъ его исполненія, или же опредѣляется истинный его разумъ (ст. 55 зак. основ.) [1]). Причемъ, по ст. 66 зак. основ., для объявляемыхъ Высочайшихъ повелѣній установляется то ограниченіе, что никакой законъ, за собственноручнымъ Высочайшимъ подписаніемъ изданный, не можетъ быть отмѣненъ указомъ объявляемымъ, и что объявляемый указъ не можетъ имѣть силы, между прочимъ, въ дѣлахъ: о лишеніи жизни, чести или имущества.

Самыя нормы права, посягательства на которыя уголовный законъ облагаетъ наказаніемъ, могутъ быть или законодательными постановленіями, изложенными въ сводѣ законовъ, касающимися вопросовъ гражданскаго, государственнаго, финансоваго или полицейскаго права, или законодательными постановленіями, создаваемыми одновременно съ самымъ созданіемъ законовъ уголовныхъ, или, наконецъ, нормами права обычнаго народнаго или судебнаго, но признанными законодателемъ и получившими его утвержденіе, при назначеніи отвѣтственности за неисполненіе этихъ нормъ, при изданіи закона уголовнаго. Въ этомъ смыслѣ приказанія и велѣнія права, неисполненіе коихъ облагается наказаніемъ, могутъ всегда быть разсматриваемы, какъ законодательныя нормы.

Но кромѣ законовъ въ тѣсномъ смыслѣ, власть верховная выражается въ повелѣніяхъ, даваемыхъ въ порядкѣ управленія государствомъ. Какъ говорилъ графъ Сперанскій [2]): «всякое повелѣніе верховной власти должно быть исполняемо, согласно съ ст. 53 основн. зак., какъ законъ. Но повелѣніе отъ закона различается тѣмъ существенно, что предметъ перваго есть особенный отдѣльный какой либо случай, а предметъ втораго есть постановленіе общаго правила, по коему надлежитъ поступать во всѣхъ случаяхъ одного и того же рода. Повелѣніе указываетъ, какъ поступить въ извѣстномъ и опредѣленномъ дѣлѣ, а законъ есть правило, какъ поступать всегда въ дѣлахъ сего рода... законы получаютъ силу свою отъ верховной власти всегда непосредственно, какую бы форму они ни имѣли; повелѣнія исходятъ

---

1) Такимъ образомъ, сдѣланное мною въ 1-мъ изданіи указаніе, что всякій уголовный законъ обязательно требуетъ Высочайшей подписи и не можетъ быть установленъ словеснымъ Высочайшимъ повелѣніемъ, въ виду совершенно правильныхъ возраженій, сдѣланныхъ проф. Н. Коркуновымъ, Русское государственное право 1897 г., т. II, стр. 22, основанныхъ на историческомъ разъясненіи объема статей 66 и 77 законовъ основныхъ и ихъ отношенія къ статьямъ 54 и 55, представляется не вѣрнымъ: законы уголовные въ образѣ ихъ совершенія ничѣмъ не разнствуютъ отъ другихъ законовъ.

2) Руководство къ познанію законовъ 1845, стр. 83; ср. также, А. Градовскій, Начала русскаго государственнаго права, т. I, § 38; Н. Коркуновъ, Указъ и законъ, 1894 г.

также отъ верховной власти, но иногда они исходятъ непосредственно, иногда же посредствомъ мѣстъ и властей, ею утвержденныхъ».

Такимъ образомъ, законы и повелѣнія, по мнѣнію Сперанскаго, разнствуютъ въ двоякомъ отношеніи: во-1-хъ, по содержанію своему, такъ какъ законы заключаютъ общія начала, а повелѣнія—распоряженія на отдѣльные случаи, а во-2-хъ потому, что законъ всегда исходитъ отъ власти верховной, а проявленія верховной власти въ управленіи государствомъ могутъ исходить какъ отъ власти верховной въ видѣ Высочайшихъ повелѣній, состоявшихся въ порядкѣ управленія верховнаго, такъ и отъ уполномоченныхъ на то верховною властью центральныхъ и мѣстныхъ должностныхъ лицъ и учрежденій въ видѣ обязательныхъ постановленій въ порядкѣ управленія подчиненнаго.

Различіе закона и повелѣнія въ порядкѣ управленія верховнаго, повидимому, столь ясное теоретически, но вызвавшее, однако, рядъ разнообразныхъ толкованій въ нашей литературѣ государственнаго права[1]), не имѣетъ существеннаго значенія для разсматриваемаго мною вопроса, такъ какъ всѣ повелѣнія верховной власти, до управленія государствомъ относящіяся, въ какой бы формѣ они ни состоялись, имѣютъ обязательную силу наравнѣ съ законами и должны быть исполняемы всѣми и каждымъ какъ законы; даже, какъ видно изъ примѣчанія къ ст. 53 законовъ основныхъ, эти повелѣнія могутъ быть изъявляемы въ тѣхъ же формахъ, какъ и законы. Притомъ же въ Выс. утв. мн. Гос. Сов. отъ 5 Ноября 1885 г. (п. с. з. 3261), о переработкѣ свода законовъ Россійской Имперіи, ст. 7, указано, что, независимо отъ законовъ, внесенію въ сводъ при новомъ его изданіи подлежатъ также: а) Высочайшія повелѣнія, состоявшіяся въ порядкѣ верховнаго управленія, по тѣмъ, имѣющимъ отношеніе къ содержанію свода предметамъ, по коимъ не существуетъ правилъ, изданныхъ въ порядкѣ законодательномъ, и б) пояснительныя постановленія, удостоившіяся Высочайшаго утвержденія. Слѣдовательно, повелѣнія въ порядкѣ верховнаго управленія и съ формальной стороны сравнены съ закономъ. Поэтому, не только созданныя въ этомъ порядкѣ правовыя нормы, въ случаѣ опредѣленія за нихъ закономъ карательныхъ послѣдствій, но и установленіе въ этомъ порядкѣ карательныхъ послѣдствій для существующихъ нормъ, должно имѣть для судовъ уголовныхъ то же значеніе, какъ и законы уголовные въ тѣсномъ смыслѣ.

Но подобно тому, какъ вновь издаваемые законы не должны противорѣчить существующимъ законамъ, ими не отмѣняемымъ, такъ тѣмъ болѣе повелѣнія, въ порядкѣ управленія состоявшіяся, не могутъ противорѣчить законамъ или отмѣнять таковые внѣ порядка, для сего установленнаго. Въ этомъ отношеніи статья 73 основныхъ законовъ постановляетъ, что отмѣна

---

[1]) Ср. Н. Коркуновъ, Русс. гос. право, § 3; противоположными мнѣніями являются съ одной стороны мнѣніе проф. А. Д. Градовскаго, считавшаго отличительнымъ признакомъ законодательныхъ актовъ Высочайшее утвержденіе или подпись, а съ другой Н. Коркунова, признающаго, согласно ст. 50, законодательными постановленіями только разсмотрѣнныя предварительно въ Государственномъ Совѣтѣ. Ср. также мнѣніе графа М. Корфа въ запискѣ, представленной въ 1862 г. въ Совѣтъ Министровъ, по которой закономъ предполагалось признавать Высоч. утв. Мн. Гос. Сов. и Именные указы съ приложеніемъ большой государственной печати.

законовъ совершается тѣмъ же порядкомъ, какой установленъ для составленія законовъ, т. е. установленнымъ въ ст. 49—52 зак. основ. Поэтому, такъ какъ ст. 66 тѣхъ же законовъ говоритъ, что никакой законъ, за собственноручнымъ подписаніемъ изданный, не можетъ быть отмѣненъ указомъ объявляемымъ, а статья 239 учр. прав. сен. указываетъ, что сенаторы не имѣютъ права объявлять словесныхъ Высочайшихъ указовъ въ отмѣну конфирмацій и указовъ за собственноручнымъ Его Величества подписаніемъ, то очевидно, что это правило распространяется и на Высочайшія повелѣнія въ порядкѣ управленія верховнаго[1]).

Въ тѣхъ же случаяхъ, когда воспріявшее силу повелѣніе въ порядкѣ управленія верховнаго окажется, при судебномъ разсмотрѣніи, въ противорѣчіи съ закономъ, то таковое устраняется такъ же, какъ и противорѣчіе законовъ, т. е. по силѣ 13 ст. уст. уг. суд. и 10 ст. у. гр. суд.: судебныя мѣста, усмотрѣвъ такое противорѣчіе указа и закона, не могутъ останавливаться въ рѣшеніи дѣлъ, но должны разрѣшать ихъ, основываясь на общемъ смыслѣ законовъ[2]).

Другое значеніе имѣютъ обязательныя постановленія, издаваемыя въ порядкѣ управленія подчиненнаго, лицами и учрежденіями, на то уполномоченными.

Къ такимъ учрежденіямъ должны быть отнесены: центральныя правительственныя установленія; мѣстныя правительственныя установленія, какъ-то: главноначальствующій гражданскою частью на Кавказѣ, генералъ-губернаторы, губернаторы и градоначальники и т. д.; общественныя установленія, какъ-то: губернскія и уѣздныя земскія собранія и городскія думы, если ихъ постановленія утверждены подлежащею властью. По природѣ своей, всѣ эти постановленія должны заключать только развитіе общихъ началъ закона въ примѣненіи къ потребностямъ или отдѣльныхъ мѣстностей, или отдѣльныхъ группъ случаевъ; но въ послѣднее время не только расширился кругъ учрежденій, имѣющихъ таковое право, но значительно раздвинулись предѣлы этого права, такъ какъ имъ предоставляется издавать постановленія и въ видахъ

---

[1]) Графъ М. Корфъ въ своей запискѣ предлагалъ при принятіи его предположеній о разграниченіи закона и указа: если въ формѣ указа, въ порядкѣ управленія, состоится Высочайшее повелѣніе, въ чемъ либо измѣняющее существующіе законы, то министры должны его принимать, какъ выраженіе Высочайшей воли о томъ, чтобы сдѣлано было представленіе Его Императорскому Величеству въ законодательномъ порядкѣ объ отмѣнѣ или измѣненіи подлежащей статьи закона. Коркуновъ, стр. 36, приводитъ примѣръ такого толкованія Высочайшей воли въ 1891—1893 гг. по вопросу объ отысканіи русскими подданными титуловъ, дарованныхъ иностранными государями. Кромѣ того, графъ Корфъ предполагалъ—«предоставить Сенату, чтобы онъ при полученіи для распубликованія постановленій правительства, въ административномъ порядкѣ изданныхъ, если усмотритъ несогласіе ихъ съ законами, не приступалъ къ обнародованію, но давалъ подлежащія указанія Министрамъ о представленіи ихъ на Высочайшее разрѣшеніе и утвержденіе въ законодательномъ порядкѣ».

[2]) Н. Коркуновъ, стр. 38, въ виду 73 ст. основ. зак., приходитъ къ тому выводу, что законъ долженъ быть признанъ сохраняющимъ обязательную силу и послѣ изданія противорѣчащаго ему указа и, слѣдовательно, устраняющимъ дѣйствіе указа и его обязательную силу во всемъ томъ, въ чемъ указъ можетъ оказаться несогласнымъ съ закономъ; но такое толкованіе не примѣнимо къ указамъ въ порядкѣ управленія, послѣдовавшимъ за собственноручнымъ подписаніемъ Государя.

*

восполненія закона, и даже нѣкоторыя части администраціи, въ видѣ опыта, управляются на основаніи циркуляровъ и распоряженій министровъ [1]).

Но такъ какъ органы управленія подчиненнаго могутъ дѣйствовать не иначе, какъ по уполномочію верховной власти, выраженному въ законѣ, указѣ или особомъ уполномочіи, то посему постановленія и распоряженія сихъ властей имѣютъ обязательную силу не сами по себѣ, а только на основаніи и въ предѣлахъ данныхъ имъ полномочій; оттого и отношеніе судебной власти къ этимъ постановленіямъ, въ случаѣ разсмотрѣнія дѣлъ по обвиненію частныхъ лицъ въ неисполненіи требованій, предъявляемыхъ къ нимъ на основаніяхъ этихъ постановленій и распоряженій власти, совершенно иное, чѣмъ къ неисполненію указовъ, послѣдовавшихъ въ порядкѣ управленія верховнаго. Такъ какъ послѣдніе имѣютъ силу закона, то и судебная власть только удостовѣряется въ ихъ существованіи и обнародованіи въ установленномъ порядкѣ; по отношенію же къ постановленіямъ и распоряженіямъ властей подчиненныхъ, она не только можетъ, но и обязана, независимо отъ сего, провѣрить соотвѣтствіе таковыхъ предѣламъ власти, этимъ установленіямъ предоставленной; провѣрить, конечно, не цѣлесообразность постановленій и распоряженій, но ихъ законность.

На этомъ основаніи, уголовный кассаціонный департаментъ Правительствующаго Сената въ цѣломъ рядѣ своихъ рѣшеній разъяснилъ, что по каждому обвиненію въ неисполненіи требованія власти судъ долженъ разсмотрѣть и установить, независимо отъ дѣйствительности предъявленія такого требованія, его законность, т. е., если такое требованіе основано на законѣ, коему оно служитъ развитіемъ, то вытекаетъ ли право такого требованія изъ прямого указанія закона или изъ общаго смысла законовъ, опредѣляющихъ кругъ вѣдомства этой власти (96/14, Гриштейна, 93/36, Чичерина; 87/29, Левинштейна; 81/2, Гусленко и др.); а если оно основано на постановленіяхъ органовъ управленія подчиненнаго, то предоставлено ли право обязательныхъ постановленій по сему роду предметовъ этому органу (92/42, Погодина; 89/20, Коновалова; 85/37, Варламова; 78/12, о взвѣшиваніи на частныхъ вѣсахъ (о. с.); 79/63, объ устройствѣ тротуаровъ (о. с.) и 77/3, Вахрамѣева (о. с.) и др.). При этомъ Правительствующій Сенатъ указалъ: что одно необжалованіе постановленія или распоряженія еще не придаетъ имъ характера законности (90/35, Губаева; 77/3, Вахрамѣева (о. с.); 69/606, Иконникова и др.); что постановленіе или распоряженіе не становится обязательнымъ только потому, что обвиняемый далъ подписку исполнить предъявленное къ нему на

---

[1]) Такъ, въ 1877 г. Министру Путей Сообщенія предоставлено установить обязательныя правила для плаванія судовъ по внутреннимъ водянымъ сообщеніямъ (уст. пут. сообщ. ст. 86 прим. 3); а въ 1882 г. обязательныя правила о сплавкѣ лѣса и дровъ (ст. 89 прим. 2); Министру Внутреннихъ Дѣлъ предоставлено установить правила для устройства и эксплоатаціи загородныхъ телефоновъ, открытія частныхъ больницъ, заведеній для приготовленія искусственныхъ минеральныхъ водъ и т. п.; Министру Государственныхъ Имуществъ въ 1880 г. предоставлено установить правила объ употребленіи взрывчатыхъ веществъ при горныхъ работахъ и даже установить правила объ отвѣтственности за неисполненіе этихъ правилъ (уст. горн., стр. 37 прим.), и т. п. Ср. у Коркунова, Русск. госуд. право, II, стр. 244, доказательства несоотвѣтствія этихъ случаевъ съ общимъ характеромъ учрежденія министерствъ.

семъ основаніи требованіе (96/14, Гринштейна и др.) и т. д. Наконецъ, Сенатъ призналъ, обсуждая вопросъ о законности постановленія Кіевскаго генералъ-губернатора о воспрещеніи молитвенныхъ собраній штундистовъ въ частныхъ домахъ въ видахъ предупрежденія раскола, что и законность постановленій, издаваемыхъ на основаніи чрезвычайныхъ полномочій, должна быть разсматриваема судебными органами, и что такъ какъ, на основаніи ст. 15 и 16 положенія объ усиленной охранѣ, завѣдывающимъ краемъ предоставлено издавать обязательныя постановленія лишь въ видахъ предупрежденія и пресѣченія крамолы и охраненія государственнаго и общественнаго порядка, но не въ интересахъ охраненія церкви и предупрежденія раскола, то таковое постановленіе не можетъ быть признано законнымъ.

Обязательный характеръ постановленій и распоряженій органовъ управленія подчиненнаго выражается въ томъ, что пока они не отмѣнены надлежащею властью, они подлежатъ, въ случаѣ надобности, понудительному исполненію самою администраціею, будетъ ли это понужденіе заключаться въ непосредственномъ физическомъ принужденіи, въ производствѣ какихъ либо работъ или дѣйствій за счетъ виновнаго и т. п., или же въ угрозѣ привлеченіемъ къ суду имъ неподчинившагося?

Но уполномочены ли эти учрежденія и на установленіе уголовныхъ послѣдствій ихъ законныхъ требованій? другими словами, являются ли они субъектами уголовныхъ правоположеній?

Уложеніе 1845 г. и уставъ о наказаніяхъ 1864 г., слѣдуя примѣру французскаго законодательства [1]), не предоставляли имъ этого права. Карательная санкція этихъ постановленій заключалась или въ спеціальныхъ постановленіяхъ уголовныхъ законовъ, или же въ особой статьѣ 29 уст. о наказ., дававшей охрану всѣмъ этимъ, не получившимъ спеціальной охраны, постановленіямъ, и назначавшей денежное взысканіе до 50 рублей (послѣ зак. 1883 г.) за неисполненіе постановленій правительственныхъ и полицейскихъ властей, а равно земскихъ и общественныхъ учрежденій.

Соотвѣтственно сему Министръ Внутреннихъ Дѣлъ циркуляромъ отъ 18 Іюня 1875 г. указалъ, что внесеніе въ обязательныя постановленія городскихъ думъ указаній на карательныя послѣдствія ихъ неисполненія превышаетъ предѣлы правъ, имъ предоставленныхъ.

Равнымъ образомъ, Правительствующій Сенатъ, разсматривая въ общемъ собраніи 1-го и кассаціонныхъ департаментовъ обязательное постановленіе Рижской городской думы 1887 г. о бракованіи сельдей, разъяснилъ, что установляемая § 20 сихъ правилъ конфискація сельдей, не представленныхъ

---

1) На основаніи бельгійской конституціи (ст. 9), никакое наказаніе не можетъ быть установлено и примѣняемо иначе, какъ въ силу закона (qu'en vertu de la loi), но это, какъ замѣчаетъ Thiry, (№ 26) вовсе не означаетъ, чтобы наказаніе назначалось непремѣнно самимъ закономъ; оно можетъ быть установлено и распоряженіями лицъ и учрежденій, уполномоченныхъ на то закономъ. Такъ, по конституціи королю предоставлено право издавать постановленія и дѣлать распоряженія, необходимыя для исполненія законовъ, и назначать за нарушеніе этихъ распоряженій тюрьму до 2 недѣль и штрафъ до 100 флориновъ; такое же право предоставлено провинціальнымъ и коммунальнымъ совѣтамъ, но съ ограниченіемъ для первыхъ тюрьмы 8 днями и штрафа 200 франк., а для вторыхъ размѣрами взысканій, установленными за нарушенія.

для досмотра, а равно и установленная § 13 правилъ отвѣтственность лицъ, на коихъ возложена браковка сельдей, не могутъ быть налагаемы судебнымъ порядкомъ, такъ какъ самое установленіе ихъ представляется незаконнымъ (96/37 о. с.).

Исключенія изъ этого, твердо установившагося въ нашемъ законодательствѣ, правила, явились только въ узаконеніяхъ, создавшихъ для органовъ управленія въ нѣкоторыхъ мѣстностяхъ чрезвычайныя уполномочія для борьбы съ крамолою, начиная съ 1881 г. [1]). Такъ, на основаніи статьи 15 положенія о мѣрахъ къ охраненію государственнаго порядка и общественнаго спокойствія (Уст. пред. пресѣч. прест., прилож. 1 къ прим. 2 къ ст. 1), въ мѣстностяхъ, объявленныхъ въ состояніи усиленной охраны, генералъ-губернаторы, губернаторы и градоначальники могутъ: 1) издавать обязательныя постановленія по предметамъ, относящимся къ предупрежденію нарушенія общественнаго порядка и государственной безопасности, какъ, напр., относительно обязанности владѣльцевъ недвижимыхъ имуществъ и ихъ управляющихъ по внутреннему наблюденію въ границахъ ихъ владѣнія, и 2) устанавливать за нарушеніе таковыхъ обязательныхъ постановленій взысканія, не превышающія трехмѣсячнаго ареста или денежнаго штрафа въ пятьсотъ рублей (ст. 15). Такое же право предоставляется и по правиламъ о чрезвычайной охранѣ (ст. 26), а по закону 1892 г. Іюня 18 о мѣстностяхъ, объявленныхъ состоящими на военномъ положеніи (т. II ст. 23 прил.), въ послѣднемъ случаѣ, начальствующему въ мѣстности, объявленной на военномъ положеніи, за нарушеніе его обязательныхъ постановленій предоставляется установлять взысканія, не превышающія заключенія въ тюрьмѣ или крѣпости на три мѣсяца или денежнаго штрафа до трехъ тысячъ рублей.

Дѣйствующее уложеніе въ сущности сохранило систему устава о наказ. По ст. 137 опредѣляется денежная пеня до 50 рублей за всякое неисполненіе обязательнаго постановленія власти, если за такое неисполненіе не опредѣлено закономъ особаго наказанія; по проекту редакціонной комиссіи, въ этой статьѣ было прибавлено: и если въ самомъ постановленіи не установленъ низшій противъ установленнаго сею статьею предѣлъ денежной пени, чѣмъ указывалось на возможность предоставленія этимъ лицамъ и учрежденіямъ, вмѣстѣ съ изданіемъ обязательныхъ постановленій, указывать и высшій предѣлъ денежной пени, слѣдующей за нарушеніе этихъ постановленій въ отдѣльности, съ тѣмъ только условіемъ, что этотъ предѣлъ долженъ быть менѣе 50 рублей; но это добавленіе было исключено Государственнымъ Совѣтомъ

---

[1]) Первый законъ 1876 г. Іюля 13 (по прод. 1886 г. прил. къ ст. 415 прим. 2 II тома изд. 1876 г., вошедшее нынѣ въ ст. 421 и сл. того же тома), усиливавшій власть мѣстныхъ органовъ, предоставляя генералъ-губернаторамъ, губернаторамъ и градоначальникамъ издавать обязательныя постановленія для предупрежденія или пресѣченія того или другаго вида нарушенія законовъ, обезпечивающихъ общественный порядокъ, установлялъ, однако, что они ни въ какомъ случаѣ не должны противорѣчить не только уголовнымъ законамъ, но также и постановленіямъ высшихъ правительственныхъ лицъ и учрежденій, а вмѣстѣ съ тѣмъ прибавлялъ, что отвѣтственность за неисполненіе этихъ постановленій назначается или по ст. 29 уст. о нак., или по спеціальнымъ законамъ.

35. Обращаясь къ разсмотрѣнію конструкціи законоположеній уголовныхъ въ томъ видѣ, какъ мы ихъ застаемъ въ кодексахъ современныхъ, мы должны раздѣлить эти законы на двѣ группы: 1) опредѣляющіе условія преступности и наказуемости и притомъ или общія (постановленія о пространствѣ дѣйствія закона, условія вмѣненія и преступности, виды виновности и т. д.), или спеціальныя, относящіяся только къ отдѣльнымъ преступнымъ дѣяніямъ (постановленія о безнаказанности взаимныхъ обидъ, о безнаказанности участниковъ поддѣлки денежныхъ знаковъ, донесшихъ о другихъ соучастникахъ, о безотвѣтственности участниковъ скопища, оставившихъ таковое по первому требованію власти и т. д.), и 2) опредѣляющіе признаки наказуемыхъ дѣяній и назначаемую за нихъ отвѣтственность,—уголовные законы въ тѣсномъ смыслѣ [1]).

Уголовные законы въ тѣсномъ смыслѣ содержатъ въ себѣ всегда двѣ части: описаніе того посягательства, которое запрещается подъ страхомъ наказанія—часть опредѣлительная или диспозитивная, и указаніе на самую отвѣтственность—часть карательная или санкція. Наличность обоихъ этихъ условій есть необходимая принадлежность всякаго уголовнаго закона.

Такъ, напр., ст. 450 говоритъ: «виновный въ убійствѣ матери или законнаго отца»—диспозиція, наказывается: «каторгою безъ срока»—санкція.

36. Часть опредѣлительная должна указывать признаки, характеризующіе преступное дѣяніе, такъ называемый, составъ преступнаго дѣянія, причемъ отношеніе закона къ нормѣ, за посягательство на которую онъ угрожаетъ наказаніемъ, можетъ быть троякое: 1) отдѣльной нормѣ права соотвѣтствуетъ отдѣльная статья закона; 2) одна норма соотвѣтствуетъ цѣлому ряду статей: такъ, норма «не убей» даетъ содержаніе ст. 449—461 угол. улож., или же 3) нарушеніе нѣсколькихъ нормъ образуетъ одно преступное дѣяніе: такъ, предусмотрѣнное п. 11 ст. 451 убійство для облегченія совершенія, напр., поджога будетъ нарушеніемъ нормъ «не убей» и «не поджигай чужаго имущества».

При этомъ объединеніе нормъ должно быть органическое или внутреннее, такъ что посягательство имѣетъ одинъ общій составъ, образующій или самостоятельный родъ преступныхъ дѣяній, или же видъ и при томъ квалифицированный по отношенію къ посягательствамъ на каждую изъ соединяющихся нормъ въ отдѣльности, напр., разбой, какъ квалифицированный видъ открытаго похищенія съ одной и тѣлеснаго поврежденія—съ другой стороны. Отъ такого сложнаго преступнаго дѣянія нужно различать—механическое или формальное соединеніе въ одной статьѣ уложенія нѣсколькихъ, болѣе или менѣе однородныхъ и равнонаказуемыхъ, но не объединяющихся посягательствъ на нормы; въ этихъ случаяхъ, каждый пунктъ статьи (напр., статьи 451, 439, 381, 380, 227 и т. д. угол. улож.) или каждая ея часть (напр., статьи 429, 360, 353 и т. д. угол. улож.) образуетъ отдѣльное по составу

---

[1]) Ср. Wächter, § 30; Binding, Handbuch, § 35, Die sog. Strafgesetze und ihre Arten, различаетъ уголовные законы, утверждающіе (bejahende) и отрицающіе (verneinende); къ послѣднимъ онъ относитъ законы, устанавливающіе условія безотвѣтственности.

преступное дѣяніе, и самое ихъ соединеніе имѣетъ только технико-законодательное значеніе [1]).

Далѣе, нарушеніе извѣстной нормы можетъ опредѣлять составъ преступнаго дѣянія безусловно, или только при наличности извѣстнаго условія или предположенія, и притомъ или фактическаго, каково, напр., существованіе въ мѣстности чумы, повальной болѣзни, призывъ военной силы, скопленіе значительной массы народа и т. п., или же юридическаго—наличность договора или взаимности, нахожденіе имѣнія подъ секвестромъ или запрещеніемъ, объемъ полномочія, незаконность рожденія, причемъ эти послѣднія предположенія могутъ быть иногда и предположеніями процессуальными, т. е. предрѣшаемыми или преюдиціальными вопросами, въ смыслѣ ст. 27 уст. угол. суд.

Самая обрисовка опредѣлительной части въ законѣ уголовномъ можетъ также представляться различною: 1) законъ опредѣляетъ всѣ существенные признаки состава, относя сюда какъ признаки посягательства на норму, такъ и признаки, въ силу коихъ это посягательство становится наказуемымъ, предполагая, конечно, что не всякое посягательство на норму наказуемо; притомъ это опредѣленіе дается или совмѣстно съ уголовною санкціею, или же даже въ формѣ отдѣльно постановленной статьи (напр., въ уложеніи о наказ. изд. 1885 г. ст. 1627, 1637, 1644). Эта форма диспозиціи преобладаетъ въ современныхъ кодексахъ, и вся задача законодательной техники состоитъ въ томъ, чтобы при такомъ опредѣленіи состава не опустить дѣйствительно существенныхъ его элементовъ, или, наоборотъ, не ввести въ законъ случайныя казуистическія подробности; а равно, чтобы выразить эти существенныя условія состава словами и понятіями, которыя дѣйствительно соотвѣтствовали бы цѣлямъ и представленіямъ законодателя. Не надо забывать, что если излишне обобщенный законъ даетъ слишкомъ много простора судейскому усмотрѣнію, то излишняя его казуистичность также всегда является причиною неполноты закона и крайней сбивчивости практики [2]). 2) Законъ даетъ только одно наименованіе преступнаго дѣянія, не указывая на его признаки; такъ, угол. улож. не даетъ опредѣленія убійства, поединка, опозоренія и т. п.; конечно, такой пріемъ возможенъ только въ томъ случаѣ, когда составъ извѣстныхъ дѣяній съ точки зрѣнія практики является совершенно простымъ, не возбуждающимъ юридическихъ недоразумѣній; употребленіе подобнаго пріема относительно дѣяній, составъ коихъ представляется спорнымъ въ теоріи, ведетъ къ серьезнымъ практическимъ затрудненіямъ, чему примѣромъ можетъ служить практика Правительствующаго Сената по вопросу объ установленіи признаковъ самоуправства по уст. наказ. 1864 г. 3) Законъ, говоря о какомъ либо посягательствѣ, довольствуется въ диспозитивной части только ссылкою на другія статьи уголовнаго закона, говоря, напр.: «виновный въ учиненіи насильственнаго дѣйствія, статьею 467 предусмотрѣннаго» (ст. 470); «въ случаяхъ повто-

---

[1]) Binding, Normen, I, § 27, Oetker, Ueber den Einfluss des Rechtsirrthums im Strafrechte, 1876, § 5, Das Wesen der Norm und ihr Verhältniss zum Strafgesetze Подробнѣе о сложныхъ преступныхъ дѣяніяхъ—въ ученіи о внѣшней сторонѣ преступныхъ дѣяній.

[2]) Этимъ различіемъ пріемовъ объясняется главнымъ образомъ различіе объема кодексовъ; наиболѣе казуистичную форму представляютъ статуты англійскаго права, въ которыхъ дефиниціи отдѣльныхъ дѣяній, напр., кражи, занимаютъ цѣлыя страницы.

ренія дѣянія, статьями 198 или 200 предусмотрѣннаго» (ст. 201) и т. д.; всего чаще встрѣчаются ссылки не на цѣлый составъ дѣянія, другою статьею предусмотрѣннаго, а на отдѣльныя его части, напр.: «предмета, ст. 547 поименованнаго» (2 п. 555); «лицо, статьею 557 указанное» (3 п. 557); «въ плотскомъ сношеніи, статьями 513—515 предусмотрѣнномъ» (ст. 516) и т. д. Иногда такая ссылка представляется подразумѣваемою, безъ прямаго указанія на статьи, таково, напр., употребляемое въ нѣкоторыхъ статьяхъ уголовнаго уложенія выраженіе «наказуемая угроза», въ смыслѣ дѣянія, предусмотрѣннаго статьею 502; «насиліе надъ личностью», въ смыслѣ дѣянія, указаннаго въ ст. 467 и т. д. Конечно, безъ такого ссылочнаго пріема редакціи не можетъ обойтись ни одинъ кодексъ; но съ другой стороны, злоупотребленіе этимъ пріемомъ представляетъ также значительныя невыгоды, не только затрудняя практическое примѣненіе статей, но и давая иногда невѣрную обрисовку самыхъ юридическихъ понятій. 4) Законъ дѣлаетъ простую ссылку, но не на статьи того же уголовнаго закона, а на другія юридическія постановленія свода, и притомъ или также съ прямымъ указаніемъ статей, къ коимъ относится устанавливаемая имъ санкція, или же ограничиваясь только указаніемъ общихъ признаковъ тѣхъ нормъ, къ коимъ относится его санкція, допуская въ этомъ случаѣ иногда не только охрану нормъ, уже существующихъ, но и нормъ будущихъ, которыя могутъ быть въ законномъ порядкѣ постановлены по данному предмету. Въ этомъ случаѣ законъ имѣетъ видъ бланка, въ которомъ санкція соотвѣтствуетъ подписи, а диспозиція—тому пробѣлу, въ которомъ компетентная власть должна вписать соотвѣтственный приказъ или запретъ; поэтому, въ новой нѣмецкой литературѣ, многими, по примѣру Биндинга, принято называть ихъ бланковыми законами (Blanketstrafgesetze) [1]): такая форма законовъ неизбѣжна и имѣетъ дѣйствительное значеніе въ области маловажныхъ полицейскихъ нарушеній. Такъ, для примѣра можно указать на диспозицію ст. 252, опредѣляющей отвѣтственность за «неисполненіе установленныхъ закономъ или обязательнымъ постановленіемъ власти правилъ для предупрежденія непотребства и пресѣченія вредныхъ отъ онаго послѣдствій», или на приведенную выше ст. 120, карающую за неисполненіе законныхъ постановленій власти и т. д.

37. Карательная часть или санкція уголовнаго закона представляетъ различіе какъ по объему правъ, которыя она даетъ примѣнителю закона относительно выбора мѣры отвѣтственности, такъ и по формѣ ея выраженія.

Въ первомъ отношеніи различаютъ три основные типа санкціи [2]).

Во-1-хъ, санкцію опредѣленную, когда наказаніе, коимъ угрожаетъ законъ, ни въ какомъ случаѣ не можетъ быть измѣнено судьею, а примѣняется буквально, когда, слѣдовательно, законодатель полагаетъ возможнымъ не только заранѣе оцѣнить объективное значеніе каждаго преступнаго дѣянія, но и опредѣлить a priori значеніе различныхъ оттѣнковъ виновности, осуществляя слова Цицерона: damnatio enim est judicium, poena legis. Эта форма

[1]) Heinze, Janke, называютъ ихъ также «blinden oder offenen Strafdrohungen».

[2]) Ср. мое изслѣдованіе: о повтореніи преступленій, 1867 г., стр. 38 и сл.; Berner, Wirkungskreis des Strafgesetzes, 1853 г., § 2.

санкціи господствовала въ уголовныхъ законахъ древнѣйшей формаціи по весьма понятнымъ причинамъ: всего прежде выдвигается въ преступленіи причиняемый имъ вредъ; этотъ вредъ опредѣляетъ свойство и мѣру уголовной реакціи, въ какомъ бы институтѣ она ни проявлялась, т. е. въ формѣ частной или общественной мести; преступная воля, проявившаяся въ такомъ вредѣ, хотя, разумѣется, и не остается безъ всякаго вниманія, но роль ея незначительна, а такъ какъ объективный вредъ сравнительно легче поддается оцѣнкѣ, менѣе измѣнчивъ, чѣмъ элементъ субъективный, то въ карательныхъ нормахъ напередъ и устанавливается съ точностью мѣра реакціи, вызываемая преступнымъ дѣяніемъ. Позднѣе, спустя много столѣтій, въ концѣ XVIII вѣка въ доктринѣ и законодательствѣ возрождается то же стремленіе сдѣлать абсолютно опредѣленную санкцію единственно нормальною формою закона, хотя уже и по инымъ основаніямъ. Вольтеръ и Монтескье во Франціи, Филанджіери и Беккаріа въ Италіи, Фейербахъ (въ первыхъ своихъ трудахъ) въ Германіи, были его сторонниками; практически пытались примѣнить его: учредительное собраніе, Фридрихъ II, Екатерина Великая [1]). Наказъ, повторяя положеніе Беккаріа, говоритъ: «право давать законы о наказаніяхъ мѣтъ только законодавецъ, всю власть въ рукахъ своихъ держащій, а судьи и правительство, будучи сами только частію общества, не могутъ по справедливости, ниже ради общаго блага, ни другаго какого нибудь члена общества, наложить наказанія, точно законами не опредѣленнаго (X, 148); судья, судящій о какомъ бы то ни было преступленіи, долженъ одинъ только силлогизмъ или соразсужденіе сдѣлать, въ которомъ первое предложеніе или посылка первая есть общій законъ, второе предложеніе или посылка вторая изъявляетъ дѣйствіе, о которомъ дѣло идетъ, сходно ли оное съ законами или противное имъ, заключеніе содержитъ оправданіе или наказаніе обвиняемаго (X, 152); единственная должность судіи, чтобы разобрать и положить, которое дѣйствіе противно предписаннымъ законамъ или сходно съ оными (X, 155). При иныхъ началахъ, объясняетъ далѣе наказъ (X, 151, 153), мы бы увидѣли судьбу гражданина перемѣняемою переносомъ дѣла его изъ одного правительства въ другое, а жизнь его и вольность на удачу зависящею отъ ложнаго какого разсужденія или отъ дурнаго расположенія его судьи. Мы бы видѣли тѣ же преступленія, наказуемыя различно въ разныя времена тѣмъ же правительствомъ, если захотятъ слушаться не гласа непремѣняемаго законовъ неподвижныхъ, но обманчиваго непостоянства самопроизвольныхъ толкованій».

Основаніемъ возрожденія такого направленія была съ одной стороны реакція противъ страшнаго судейскаго произвола, господствовавшаго во всей Европѣ XVII и XVIII вѣковъ, а съ другой, высокое значеніе, придаваемое идеѣ личности въ правѣ, стремленіе гарантировать ея права отъ правитель-

---

[1]) Constitutia criminalis Theresiana 1769, глава IV, § 5, говорила, что при примѣненіи наказанія нужно строго слѣдовать предписанію закона, и судьи не могутъ, не подвергаясь строгой отвѣтственности, ни уменьшать, ни увеличивать, ни измѣнять наказанія, такъ какъ это можетъ повести «Zu Abbruch unser landesherrlichen Hoheit»; то же ограниченіе судейскаго произвола проводитъ Allgemeines preussisches Landrecht, 1794.

ственнаго произвола [1]). Но проведеніе этого принципа на практикѣ, построеніе уголовнаго кодекса по этому образцу, ставило законодателю невыполнимую задачу, а въ жизни должно было привести къ полной несправедливости, къ несоотвѣтственности наказаній съ дѣйствительною виною, такъ какъ законодатель не въ состояніи предвидѣть и заранѣе регламентировать всѣ неуловимые и неисчислимые оттѣнки жизни, отражающіеся въ преступномъ дѣяніи и въ особенности въ виновности лица, его учинившаго.

Поэтому современные кодексы и отказались отъ такой формы санкціи за немногими изъятіями. Такъ, въ дѣйствующемъ нашемъ правѣ всѣ общія наказанія, падающія на личность виновнаго, не назначаются абсолютно, ибо даже назначеніе въ законѣ смертной казни или безсрочной каторги не лишаетъ судью права, въ случаѣ признанія подсудимаго заслуживающимъ снисхожденія, въ случаѣ покушенія и т. д., воспользоваться правомъ, предоставленнымъ ему ст. 53 угол. улож. [2]). Но при примѣненіи денежныхъ пеней случаи абсолютной угрозы встрѣчаются чаще, въ особенности, когда въ наказаніи заключается и вознагражденіе государства за претерпѣнный или предполагаемый вредъ. Другую группу изъятій составляютъ такъ называемыя исключительныя наказанія, назначаемыя за нѣкоторыя спеціальныя преступныя дѣянія, которыхъ особенно много было въ уложеніи 1845 г. и которыя исключали возможность ихъ измѣненія или по самому ихъ свойству—лишеніе христіанскаго погребенія, лишеніе права наслѣдовать въ имуществѣ и т. п., или же по отсутствію въ законѣ указаній порядка измѣненія и смягченія этихъ наказаній, какъ, напр., заключеніе въ крѣпость за поединокъ, ссылка въ отдаленный край Восточной Сибири за скопчество [3]), ссылка на поселеніе въ Закавказье за расколъ и т. п. Во всѣхъ этихъ случаяхъ судъ могъ лишь ходатайствовать о смягченіи участи подсудимаго предъ государемъ императоромъ въ порядкѣ 775 ст. уст. уг. суд.

По дѣйствующему уложенію, къ такимъ абсолютнымъ угрозамъ можно отнести развѣ только нѣкоторыя дополнительныя наказанія и пораженія извѣстныхъ правъ, удаленіе отъ должности и т. п.; что же касается до указанной въ статьяхъ 84, 85 и 96 ссылки на поселеніе въ особо предназначенныя для сихъ осужденныхъ мѣстности, то въ этой санкціи нельзя видѣть исключительныхъ наказаній, такъ какъ по ст. 15 опредѣленіе мѣста отбытія поселенія не составляетъ элемента наказанія, а относится къ порядку его исполненія, для котораго, такимъ образомъ, въ этихъ статьяхъ полагаются только извѣстныя

---

[1]) Въ связи съ этимъ стояло и преслѣдованіе научнаго толкованія законовъ. Ср. B. Claproth, Ohnmassgeblicher Entwurf eines Gesetzbuches, 1770. Въ § XVIII проектъ воспрещалъ въ самомъ законѣ всякое научное толкованіе; позднѣе при изданіи баварскаго уложенія 1813 г. было воспрещено въ университетскихъ чтеніяхъ приводить какіе либо иные комментаріи, кромѣ офиціальныхъ мотивовъ; ту же мысль высказывалъ даже Сперанскій послѣ изданія Свода Законовъ.

[2]) Нѣкоторые германскіе криминалисты допускаютъ необходимость абсолютной угрозы смертною казнью, въ виду несоразмѣрности перехода отъ этого наказанія даже къ высшему виду лишенія свободы. Binding, Handbuch, § 35, допускаетъ таковую угрозу при такихъ дѣяніяхъ, гдѣ самый мягчайшій случай заслуживаетъ высшаго недѣлимаго наказанія, т. е. смертной казни. Но могутъ ли быть такія дѣянія?

[3]) Ср. улож. наказ., 1885 г., ст. 201, мое изданіе, тезисы 21 и слѣд.

ограниченія; поэтому и по этимъ статьямъ смягченіе отвѣтственности допускается по общему основанію.

Противоположную форму составляетъ санкція безусловно-неопредѣленная, когда законодатель, воспрещая извѣстное дѣяніе подъ страхомъ наказанія, не опредѣляетъ ни рода, ни размѣровъ отвѣтственности, предоставляя установленіе таковыхъ усмотрѣнію судьи. Очевидно, что такая форма лишаетъ законъ уголовный его существенныхъ и необходимыхъ условій: законъ не опредѣляетъ предѣла правъ, принадлежащихъ суду по отношенію къ наказуемости, онъ не можетъ быть возможнымъ предостереженіемъ гражданъ, заключая въ себѣ одно голое требованіе подчиненія; вмѣстѣ съ тѣмъ эта форма представляется крайне неудобною и для судьи, лишая его всякихъ твердыхъ основъ въ выборѣ отвѣтственности. Поэтому и эта форма санкціи исчезла изъ современныхъ кодексовъ. Въ нашемъ правѣ эта форма санкціи нерѣдко употреблялась еще сводомъ законовъ, когда законъ, налагая наказаніе, назначалъ оное общими выраженіями, какъ-то: «наказать яко преступника указовъ», «наказать по всей строгости законовъ», «на основаніи законовъ» (ст. 104 изд. 1832 г., 119, изд. 1842 г.); иногда сводъ называлъ наказаніе, но не опредѣлялъ, въ чемъ оно состоитъ,—такъ лживый поступокъ (ст. 865 по изд. 1842 г.), учиненный дворяниномъ, разрушалъ дворянское достоинство, а городскаго обывателя подвергалъ лишенію добраго имени, не опредѣляя существа этого наказанія. Составители уложенія 1845 г., справедливо относя эту неопредѣленность санкціи къ существеннѣйшимъ недостаткамъ свода, предположили не употреблять таковой въ уложеніи 1845 г., и дѣйствительно въ своей первоначальной формѣ она не встрѣчается въ дѣйствующемъ правѣ, но слѣды ея остались въ такъ называемой ссылочной санкціи, тамъ, гдѣ ссылка дѣлалась не на опредѣленныя статьи, а на какой либо родъ преступныхъ дѣяній. Такъ, напр., ст. 301 по изд. 1885 г. опредѣляла между прочимъ: кто дозволитъ, безъ надлежащаго разрѣшенія, объявить во всеобщее извѣстіе что либо, по цѣли и содержанію своему противное.... приличіямъ..., или могущее имѣть какія либо вредныя послѣдствія, тотъ подвергается—наказаніямъ на основаніи особыхъ о каждомъ такомъ преступленіи или проступкѣ постановленій; но едва ли хотя одинъ практикъ съумѣлъ бы отыскать то наказаніе, которое въ этихъ случаяхъ могло быть назначаемо [1]). Въ дѣйствующемъ уложеніи такая форма санкціи болѣе не встрѣчается.

Такимъ образомъ, господствующею въ современныхъ кодексахъ формою санкціи является относительно-опредѣленная, когда законодатель назначаетъ только предѣлы наказанія, наивысшую и наименьшую его величину, maximum и minimum. Въ нашемъ дѣйствующемъ правѣ эта форма представляется въ двухъ оттѣнкахъ: или законъ предоставляетъ суду возможность выбора между нѣсколькими родами наказанія, или же допускаетъ только выборъ мѣры. Слѣдовательно, просторъ, предоставляемый суду, зависитъ отъ двухъ условій: отъ разстоянія, отдѣляющаго maximum и minimum угрозы и отъ дѣлимости того рода наказанія, который назначается за данное преступное дѣяніе, предполагая, разумѣется, что въ законѣ существуютъ какія либо правила относи-

---

[1]) Такой же неопредѣленный характеръ носила санкція въ статьяхъ 548, 549 улож. наказ. и др.

тельно дѣлимости отдѣльныхъ родовъ и видовъ наказанія. Такъ, ст. 22 угол. улож. постановляетъ: сроки каторги назначаются годами и полугодіями, а исправительнаго дома годами и мѣсяцами; поэтому, напр., въ томъ случаѣ, когда уложеніе назначаетъ за одно дѣяніе каторгу не свыше 8 лѣтъ, а за другое—исправительный домъ не ниже трехъ лѣтъ, то объемъ власти, предоставляемой суду при выборѣ мѣры наказанія въ обоихъ этихъ случаяхъ, будетъ весьма неодинаковъ: въ первомъ, судъ можетъ дѣлать выборъ только между семью видами отвѣтственности, различными по срокамъ: 5, 5½, 6, 6½, 7, 7½, 8, а во второмъ между тридцатью семью видами: 3 г., 3 г. и 1 м., 3 г. и 2 м. и т. д. [1]).

По формѣ обрисовки санкціи, законы уголовные представляются также или въ видѣ какъ бы исторической справки, указанія на существованіе запрета или приказа, подвергающаго учинившаго извѣстному наказанію, тогда внѣшній видъ закона будетъ таковъ: «за убійство, за кражу со взломомъ и т. п. назначается каторга, поселеніе»; или же законы излагаются въ видѣ повелѣнія, заявленія авторитетной воли: кто совершитъ убійство, кражу, тотъ наказывается, или, какъ въ дѣйствующемъ нашемъ уложеніи—виновный въ убійствѣ наказывается. Конечно, наиболѣе правильною представляется повелительная форма редакціи, такъ какъ только тогда уголовный законъ получаетъ характеръ юридическаго положенія, которое можетъ служить основаніемъ для возникновенія правъ или обязанностей государства, органовъ судебной власти или отдѣльныхъ гражданъ.

Самое отношеніе наказанія къ наказуемому дѣянію, связь диспозиціи съ санкціею могутъ быть выражены въ законѣ также различно; такъ, уложеніе 1845 г. безразлично употребляло выраженія: «приговаривается», «подвергается», «наказывается», или даже говорило иногда еще болѣе конкретно—«отрѣшается отъ должности, извергается изъ духовнаго званія», хотя очевидно, что употребленіе того или другаго изъ этихъ выраженій представляется юридически далеко не безразличнымъ, такъ какъ каждое изъ нихъ относится къ различнымъ фазисамъ, которые проходитъ уголовное дѣло: къ моменту постановленія приговора, приведенію приговора въ исполненіе и т. п. Уложеніе дѣйствующее въ особенной части послѣдовательно держится одной и той же формулы: «виновный.... наказывается», слѣдовательно, указываетъ своею санкціею преимущественно на объектъ карательнаго права, возникающаго для государства изъ закона уголовнаго.

---

1) Въ уложеніи 1845 г. встрѣчалось, хотя и въ рѣдкихъ случаяхъ, соединеніе въ одной угрозѣ закона нѣсколькихъ формъ санкціи, такъ ст. 1449 улож. по изд. 1885 г., назначая за убійство родителей каторгу безъ срока, прибавляла: «по прибытіи ихъ въ мѣсто каторжной работы, они ни въ какомъ случаѣ и ни по какимъ причинамъ не переводятся въ отрядъ исправляющихся, увольняются отъ работъ не иначе, какъ за совершенною къ онымъ отъ дряхлости неспособностью, и даже тогда не освобождаются отъ содержанія въ острогѣ». Какъ разъяснилъ уголовный кассаціонный департаментъ въ рѣшеніи по дѣламъ Гостева (70/470) и Немировскаго (79/59), эта санкція состояла изъ двухъ частей: угроза безсрочною каторгою есть угроза относительно—опредѣленная и допускаетъ смягченіе по правиламъ ст. 774 и 828 уст. угол. суд., а особый придатокъ составлялъ угрозу, безусловно опредѣленную, которая должна быть примѣнена, хотя бы виновный былъ осужденъ всего на 4 года каторги, такъ что сила этого придатка утрачивается только съ момента перехода виновнаго въ разрядъ ссыльно-поселенцевъ, по отбытіи полностью назначеннаго срока каторги.

Объемъ отвѣтственности, назначаемой за преступное дѣяніе, можетъ быть или опредѣляемъ подъ каждою статьею самостоятельно, или дѣлаемъ въ видѣ ссылки на наказаніе, установленное за какое либо иное преступное дѣяніе. Эта ссылочная форма санкціи неизбѣжна во всякомъ законодательствѣ, въ особенности, когда въ одной статьѣ закона, но въ разныхъ его частяхъ, заключаются постановленія о нѣсколькихъ преступныхъ дѣяніяхъ, относящихся другъ къ другу не какъ родъ къ виду, и не какъ квалифицированное и простое дѣянія, а какъ два дѣянія не тождественныя, но сходныя по составу и равныя по наказуемости, какъ выражается дѣйствующее уложеніе— сему же наказанію, или симъ же наказаніямъ и на сихъ же основаніяхъ или же когда одна статья закона ссылается на наказаніе, назначенное въ другой, рядомъ стоящей статьѣ (ст. 485, 543). Но, конечно, излишнее употребленіе этой формы, какое допускало, напр., уложеніе о наказаніяхъ 1845 г. представляетъ практически весьма большія невыгоды, не доставляя въ то же время никакихъ техническихъ удобствъ [1]), такъ какъ эта форма: во-1-хъ, затрудняетъ пріисканіе наказанія въ моментъ примѣненія закона, особенно, когда ссылка дѣлается не на ближайшія статьи, а на статьи другаго раздѣла; во-2-хъ, затрудняетъ выборъ наказанія тамъ, гдѣ ссылка дѣлается, напр., на статью содержащую не одно, а нѣсколько карательныхъ постановленій, или нѣсколько наказаній; въ-3-хъ, весьма затрудняетъ законодателя при частичныхъ реформахъ кодекса, такъ какъ измѣненіе размѣра отвѣтственности по одной статьѣ измѣняетъ, иногда вопреки воли законодателя, наказуемость по другимъ статьямъ.

Признаки, характеризующіе отдѣльные виды карательныхъ мѣръ, опредѣляются въ общей части; поэтому, въ интересахъ краткости закона, не представляется основаній повторять ихъ при опредѣленіи отдѣльныхъ преступныхъ дѣяній; въ частности это указаніе относится и къ тѣмъ дополнительнымъ взысканіямъ, которыя всегда, ipso jure, слѣдуютъ за главнымъ наказаніемъ. Такъ, по общей части нашего уложенія, каторга, поселеніе или исправительный домъ всегда сопровождаются пораженіемъ правъ, въ статьяхъ 23, 24 и 25 указанныхъ, поэтому повторять въ санкціи отдѣльныхъ преступныхъ дѣяній каждый разъ, какъ дѣлало это уложеніе 1845 г., что виновный подлежитъ: «лишенію всѣхъ правъ состоянія и ссылкѣ въ каторжныя работы», представляется ненужнымъ законодательнымъ балластомъ.

По этимъ же техническимъ соображеніямъ, въ тѣхъ случаяхъ, когда законъ назначаетъ какое либо срочное лишеніе свободы, въ отдѣльной санкціи нѣтъ необходимости указывать оба предѣла, такъ какъ однимъ, подразумѣваемымъ, всегда будетъ общій предѣлъ, существующій для этого рода наказанія въ законѣ. Такъ, напр., общіе предѣлы срочной каторги по уголовному уложенію 4 и 15 лѣтъ; поэтому, если въ особенной части законъ говоритъ, что виновный подлежитъ каторгѣ на срокъ не свыше 8 лѣтъ, то это значитъ, что онъ угрожаетъ каторгою отъ 4—8 лѣтъ; если тамъ говорится, что винов-

---

1) Въ уложеніи 1845 г. такихъ статей съ ссылочною санкціею было нѣсколько сотъ, иногда на одну статью дѣлалась ссылка цѣлаго ряда статей, напр., на санкцію статьи 362 была сдѣлана ссылка въ 18 статьяхъ.

ный подлежитъ каторгѣ на срокъ не ниже 10 лѣтъ, то это выраженіе равносильно угрозѣ каторгою отъ 10—15 лѣтъ; означеніе и высшаго, и низшаго срока, очевидно, необходимо только тогда, когда оба они отличаются отъ общихъ предѣльныхъ сроковъ, когда, напр., законодатель назначилъ бы каторгу отъ 8—10 лѣтъ.

§ 3. Вступленіе въ силу закона и утрата имъ таковой.

38. Признавая, что дѣяніе становится уголовно-наказуемымъ, какъ скоро юридическая норма воплотилась въ законѣ уголовномъ, мы, конечно, имѣемъ въ виду законъ, дѣйствительно существующій во время учиненія преступнаго посягательства, а такъ какъ все, что совершается въ жизни, совершается во времени и въ пространствѣ, то отсюда возникаютъ два существенные вопроса: какой законъ можетъ быть почитаемъ дѣйствующимъ въ виду времени учиненія преступнаго дѣянія и какой законъ долженъ почитаться дѣйствующимъ въ виду мѣста учиненія сего дѣянія?

Дѣйствующимъ закономъ по отношенію ко времени учиненія дѣянія будетъ тотъ, который былъ въ то время руководящимъ выраженіемъ авторитетной воли, воспріявъ въ установленномъ порядкѣ надлежащую для того силу. Понятно, что законъ уголовный, какъ и всякій иной, не является внезапно, онъ долженъ быть не проявленіемъ мелькнувшаго желанія, а выраженіемъ продуманной воли законодательной власти; поэтому и въ исторіи его возникновенія мы можемъ и должны различать: моментъ почина или инициативу закона, составленіе проекта закона, обсужденіе его и т. д.; но всѣ эти моменты не имѣютъ въ правѣ уголовномъ какого либо особаго значенія, а потому и подлежатъ разсмотрѣнію въ общемъ ученіи права государственнаго о законѣ [1]).

Во всѣхъ этихъ фазисахъ рѣчь идетъ только о проектѣ или предположеніи закона; закономъ, какъ дѣйствительнымъ выраженіемъ воли законодательной власти, предположеніе становится только съ момента его утвержденія законодательною властью и повелѣнія объ его исполненіи [2]).

По силѣ ст. 50 законовъ основныхъ, а также ст. 37 учр. гос. сов., всѣ предначертанія законовъ восходятъ на Высочайшее усмотрѣніе и не иначе поступаютъ къ предназначенному имъ совершенію, какъ дѣйствіемъ самодержавной власти.

---

1) А. Градовскій, Начала русскаго государственнаго права, 1875 г., I, § 15 и сл.; Н. Коркуновъ, Русское государственное право, 1897 §§ 13—16.

2) По французской конституціи 1875 г., законопроектъ становится закономъ, какъ скоро онъ принятъ окончательно голосованіемъ обѣихъ палатъ; президентъ республики только уполномоченъ: 1) публиковать этотъ законъ въ мѣсячный или трехдневный срокъ, смотря по тому, признанъ ли законъ неотложнымъ (urgente) или нѣтъ; или 2) потребовать новаго разсмотрѣнія закона въ палатахъ, причемъ, при вторичномъ утвержденіи проекта закона палатами, онъ долженъ быть публикованъ; конституція 1875 г. не даетъ президенту права санкціи или утвержденія закона. D. Folleville, De la promulgation et de l'application des lois et des décrets, 1876 г.; Vareilles-Sommières, De la promulgation et de la publication des lois et décrets, 1893.

39. Но какъ скоро законъ свершенъ утвержденіемъ законодателя, то нуженъ ли какой либо дальнѣйшій актъ, чтобы законъ получилъ дѣйствительную силу? Во всѣхъ континентальныхъ государствахъ такимъ условіемъ является публикація закона. Этимъ путемъ велѣніе авторитетной воли оповѣщается народу, и, только благодаря обнародованію, законъ можетъ сдѣлаться руководящимъ началомъ гражданской жизни [1]). Какъ говорятъ наши основные законы, законъ получаетъ обязательную силу не прежде, какъ со дня его объявленія (ст. 59); никто не можетъ отговариваться невѣдѣніемъ закона, *когда онъ былъ обнародованъ установленнымъ порядкомъ* (ст. 62); по ст. 63 свято и ненарушимо долженъ быть исполняемъ всѣми и каждымъ законъ, *въ надлежащемъ порядкѣ обнародованный*. Наконецъ, въ самый сводъ законовъ могутъ быть вносимы только законы или Высочайшія повелѣнія, въ надлежащемъ порядкѣ обнародованныя; хотя это положеніе и не всегда соблюдалось какъ при первомъ, такъ и при послѣдующихъ изданіяхъ свода, но оно категорически выражено въ п. 10 мнѣнія Государственнаго Совѣта, Высочайше утвержденнаго 5 Ноября 1885 г., о переработкѣ свода законовъ [2]).

Обнародованіе всѣхъ общихъ законовъ принадлежитъ Правительствующему Сенату по 1-му департаменту (учр. Прав. Сен. ст. 19) [3]); «въ нужныхъ случаяхъ первый департаментъ чинитъ распорядокъ самаго обнародованія на мѣстахъ, надзираетъ за точностью онаго и разрѣшаетъ, силою законовъ, встрѣчающіяся въ томъ затрудненія или недоразумѣнія». Для сего всѣ какъ именныя Высочайшія повелѣнія за собственноручнымъ Его Величества подписаніемъ, такъ и объявляемыя Сенату Высочайшія повелѣнія доставляются первоначально Министру Юстиціи (какъ генералъ-прокурору Правительствующаго Сената) и отъ него уже, по вскрытіи ихъ, препровождаются въ Сенатъ (ст. 48 учр. Прав. Сената) въ канцелярію перваго департамента (ст. 181). Всѣ полученныя Высочайшія повелѣнія вносятся въ особый реестръ и немедленно предлагаются къ выслушанію въ общемъ собраніи. На сей конецъ сенаторы въ каждый присутственный день, не приступая къ слушанію дѣлъ въ департаментахъ, входятъ прежде въ общее собраніе (ст. 182). Опредѣленія по Высочайшимъ повелѣніямъ приводятся въ исполненіе, хотя бы они были подписаны и тремя только сенаторами (ст. 184). Сенатъ дѣлаетъ (ст. 57 осн. зак. прим. 1) распоряженіе о припечатаніи его въ собраніи узаконеній и распоряженій правительства, сообщаетъ при вѣдѣніи законъ Святѣйшему Синоду и разсылаетъ при указѣ всѣмъ присутственнымъ мѣстамъ и лицамъ. Такимъ образомъ, основнымъ моментомъ центральнаго опубликованія является напечатаніе

---

1) Н. Коркуновъ, стр. 112 и сл., полагаетъ, что законъ становится таковымъ съ момента повелѣнія объ обращеніи его къ исполненію; обнародованіе же закона онъ считаетъ обыкновеннымъ, но не обязательнымъ условіемъ вступленія его въ силу; но такому воззрѣнію противорѣчатъ приведенные въ текстѣ законы.

2) Также ст. 685 т. II (общ. учр. губ.) говоритъ: «полиція, наблюдая за точнымъ всѣми исполненіемъ законовъ, не можетъ ни отъ кого требовать сего исполненія по такому закону или постановленію, которые еще не были обнародованы установленнымъ для того порядкомъ».

3) На основаніи примѣчанія 2-го къ ст. 54 зак. основ., министры сами собою не приводятъ въ дѣйствіе никакого новаго общаго закона, не предъявивъ его въ справкѣ Правительствующему Сенату и не получивъ отъ него указа для дальнѣйшихъ распоряженій.

его въ собраніи узаконеній [1]); только внесенныя въ него узаконенія могутъ быть помѣщаемы и въ сводѣ. Далѣе, отъ центральнаго опубликованія отличается мѣстное; по ст. 58 законовъ основныхъ, обнародованіе закона въ губерніяхъ принадлежитъ токмо губернскому правленію и соотвѣтствующимъ ему мѣстамъ (учр. губ. ст. 438 п. 1), губернское правленіе сообщаетъ печатные экземпляры закона правительственнымъ установленіямъ, но вся эта процедура, какъ и разсылка Сенатомъзакона при указѣ, собственно говоря, не есть обнародованіе въ буквальномъ смыслѣ, а только «увѣдомленіе присутственныхъ мѣстъ о законѣ». Напротивъ того, къ мѣстному обнародованію относится указанное въ ст. 530 учр. губерн. «всенародное объявленіе» закона, а именно, чтеніе его въ церквахъ и на площадяхъ. Этотъ второй способъ обнародованія по существу своему можетъ быть названъ способомъ чрезвычайнымъ.

40. Совпадаетъ ли моментъ обнародованія съ моментомъ вступленія закона въ силу? Прежде всего, существуютъ случаи, когда при самомъ обнародованіи закона опредѣляется точно тотъ срокъ, съ коего этотъ законъ вступаетъ въ силу. Такъ, сводъ законовъ, опубликованный 31 Января 1833 г., вступилъ въ силу съ 1 Января 1835 г., уложеніе о наказаніяхъ, обнародованное 15 Августа 1845 г., вступило въ дѣйствіе съ 1 Мая 1846 года.

При этомъ условіи, съ того дня, который назначенъ въ законѣ, данный законъ вступаетъ въ силу: 1) если онъ относится къ отдѣльной мѣстности, или его введеніе ограничено отдѣльною мѣстностью, то въ этихъ ограниченныхъ предѣлахъ; 2) если такого ограниченія въ немъ не содержится, то во всей имперіи, а равно и за предѣлами территоріи, насколько, конечно, онъ касается лицъ и дѣяній, за предѣлами государства учиненныхъ.

Во всѣхъ другихъ случаяхъ, когда въ законѣ не опредѣленъ точно день вступленія его въ силу, установленіе этого столь важнаго практическаго вопроса въ нашей практикѣ возбуждало значительныя недоразумѣнія.

Впрочемъ, и въ западно-европейскихъ законодательствахъ рѣшеніе этого вопроса представляется весьма различнымъ. Такъ, во Франціи, по ст. 1 code civil, законъ вступалъ въ силу въ столицѣ на другой день послѣ его публикованія, а въ департаментахъ по истеченіи этого срока, съ прибавленіемъ по одному дню на каждые десять миріаметровъ (около 20 льё) разстоянія отъ мѣста публикаціи; но эта система была совершенно измѣнена законами 1870 и 1875 годовъ. Теперь всѣ законы и важнѣйшіе декреты публикуются въ «Journal Officiel» и въ «Bulletin des lois» и только второстепенные декреты въ однихъ бюллетеняхъ; для послѣднихъ сохранился прежній порядокъ вступленія въ силу, а для первыхъ принято такое начало: въ мѣстѣ пребыванія правительства законъ вступаетъ въ силу на другой день по выходѣ «Journal Officiel», а въ департаментахъ—на другой день послѣ его полученія

---

[1]) Этотъ моментъ не только не совпадаетъ по времени съ моментомъ выслушанія закона Сенатомъ, но иногда значительно отстоитъ отъ него, такъ какъ хотя, по ст. 6 прил. къ ст. 318 учр. сената, собраніе узаконеній выходитъ по мѣрѣ объявленія Сенату Высочайшихъ повелѣній, но на самомъ дѣлѣ оно издается обыкновенно 2 раза въ недѣлю.

въ главномъ городѣ округа (au chef-lieu de l'arrondissement) [1]). Въ Германіи, согласно ст. 2 имперской конституціи 1871 г., общій срокъ дѣйствія закона, если въ самомъ законѣ не обозначено другаго срока, начинается черезъ 14 дней послѣ того, какъ законъ обнародованъ въ Берлинѣ [2]).

Въ основныхъ законахъ по этому предмету нѣтъ опредѣленныхъ началъ, но несомнѣнно, что этотъ моментъ не совпадаетъ съ моментомъ напечатанія закона въ собраніи узаконеній, такъ какъ ст. 59 законовъ основныхъ говоритъ: «Въ присутственныхъ мѣстахъ, каждый законъ воспріемлетъ свою силу и долженъ быть прилагаемъ къ дѣламъ не прежде, какъ со дня полученія его въ томъ мѣстѣ, къ исполненію коего оный подлежитъ»; слѣдовательно, при условіяхъ разсылки собранія узаконеній, даже въ столичныхъ присутственныхъ мѣстахъ законъ вступитъ въ силу не ранѣе, какъ на другой день послѣ выхода, а для провинціальныхъ мѣстъ срокъ этотъ будетъ зависѣть отъ разстоянія ихъ отъ Петербурга.

Но при этомъ законъ оставляетъ безъ разрѣшенія вопросъ о томъ: слѣдуетъ ли считать этимъ моментомъ въ губерніи моментъ полученія собранія узаконеній губернскимъ правленіемъ [3]), или же каждымъ отдѣльнымъ присутственнымъ мѣстомъ? Казалось бы, нужно принять послѣднее: во-1-хъ, къ такому выводу приводитъ указанный выше текстъ ст. 59 зак. основн.; во-2-хъ, то соображеніе, что распредѣленіе судебныхъ округовъ не совпадаетъ съ административнымъ дѣленіемъ, и окружные суды, не говоря уже о судебныхъ палатахъ, не стоятъ въ отношеніи подчиненности къ губернскимъ правленіямъ; въ-3-хъ, ст. 858 учр. губ. (по изд. 1857 г.), въ которой говорилось о разсылкѣ губернскимъ правленіемъ печатанныхъ законовъ другимъ присутственнымъ мѣстамъ, нынѣ отмѣнена. Поэтому нужно признать, что законъ уголовный вступаетъ въ силу на другой день по полученіи собранія узаконеній подлежащимъ судебнымъ мѣстомъ, собранія, выписываемаго

---

1) Folleville, De la promulgation, стр. 23, T. Ducrocq, De la formule actuelle de promulgation des lois, 1877 г.; а въ особенности C. Demolombe, Traité de la publication, des effets et de l'application des lois en general, 6 изд. 1880 года. Vareilles-Sommières, стр. 18 и сл., высказывается за старую систему.

2) Martitz, Ueber den konstitutionellen Begriff des Gesetzes, въ Zeit. f. d. gesammte Staatswiss. 1880 г.; Binding, Handbuch, § 50.

3) А. Градовскій, Начала, I, стр. 33, пр. 71, полагаетъ, что въ губерніяхъ законъ вступаетъ въ силу со дня заслушанія его губернскимъ правленіемъ, а въ уѣздахъ—въ уѣздныхъ полицейскихъ управленіяхъ. За толкованіе, усвоенное въ текстѣ—К. Малышевъ, Курсъ общаго гражданскаго права Россіи, 1878, § 17, пр. 21. Практика уголовнаго кассаціоннаго Сената по своему разнообразію не могла содѣйствовать правильному рѣшенію вопроса. Такъ, рѣшеніями по дѣламъ: Поливки (70/856) и Однопозова (70/1242) Сенатъ установилъ, что въ губерніяхъ законъ получаетъ обязательную силу со дня обнародованія его губернскимъ правленіемъ и, даже, какъ видно изъ втораго рѣшенія, со дня напечатанія въ губернскихъ вѣдомостяхъ, хотя Сенатъ не обратилъ вниманія, что въ вѣдомостяхъ обязательно печатаются только законы, подлежащіе всенародному объявленію (ст. 530 учр. губ.), а изъ остальныхъ по ст. 533 только указы особенной важности, такъ что напечатаніе въ вѣдомостяхъ, какъ актъ исключительный, не можетъ считаться обнародованіемъ. Далѣе, изъ рѣшенія Сената по дѣлу Постникова (68/162) и по дѣлу Макаровой (68/603) можно заключить, что Сенатъ признаетъ моментомъ вступленія въ силу—опубликованіе въ собраніи узаконеній, а изъ рѣшенія по дѣлу Петрушина (60/440), хотя и въ спеціальномъ примѣненіи къ сенатскимъ рѣшеніямъ—полученіе судомъ сенатскихъ вѣдомостей, при которыхъ эти рѣшенія прилагаются.

всѣми сими мѣстами, согласно съ ст. 534 учр. губ., обязательно. Такое толкованіе усвоено и первымъ департаментомъ Сената, коего указъ, отъ 20 Ноября 1884 г., внесенъ въ примѣч. 1 къ ст. 19 учр. прав. сен. Въ этомъ примѣчаніи сказано: «Распубликованіе закона, по опредѣленію о томъ Правительствующаго Сената, въ собраніи узаконеній и распоряженій правительства имѣетъ значеніе официальнаго его обнародованія и въ присутственныхъ мѣстахъ каждый законъ воспріемлетъ свою силу и долженъ быть прилагаемъ къ дѣламъ со дня полученія въ томъ мѣстѣ листовъ собранія узаконеній и распоряженій правительства, въ коихъ онъ напечатанъ» [1]).

Если законъ сдѣлался извѣстнымъ въ данной мѣстности инымъ путемъ ранѣе этого срока, то тѣмъ не менѣе онъ не можетъ служить основаніемъ для постановленія судебнаго рѣшенія. Но и нынѣ остается неразъясненнымъ, какъ опредѣляется моментъ полученія закона въ губерніи или въ присутственномъ мѣстѣ: фактическимъ ли полученіемъ, слушаніемъ закона присутственнымъ мѣстомъ, отмѣткою въ реестрѣ входящихъ, или же фиктивнымъ моментомъ, выводимымъ на основаніи общаго срока прихода почты въ данную мѣстность. Въ виду ст. 529 учр. губ., можно бы было склониться въ пользу момента фактическаго полученія, но такая система введетъ въ практику крайнюю (иногда и злонамѣренную) неопредѣленность, а потому практичнѣе принять моментъ фиктивнаго исчисленія срока [2]).

Наконецъ, вовсе остается безъ отвѣта вопросъ о томъ, съ какого дня вступаетъ въ силу законъ, по отношенію къ дѣяніямъ, учиненнымъ за предѣлами русской территоріи? Такимъ моментомъ надо, казалось бы, признать день выхода собранія узаконеній въ Петербургѣ.

41. Далѣе, для того, чтобы быть признаннымъ закономъ дѣйствующимъ, законъ долженъ не только вступить въ силу, но и не утратить таковой.

Утрата силы закономъ уголовнымъ, конечно, проявляется тѣми же способами какъ и утрата всякимъ инымъ закономъ, а потому можно въ этомъ отношеніи ограничиться лишь нѣсколькими замѣчаніями.

Моментъ утраты закономъ его силы стоитъ прежде всего въ зависимости отъ его характера, такъ какъ въ этомъ отношеніи необходимо различать законы временные и законы, издаваемые на неопредѣленное время.

Временные законы, или законы переходные (провизорные) теряютъ силу съ истеченіемъ того срока, на который изданъ законъ, или съ устраненіемъ того фактическаго или юридическаго положенія, въ видахъ коего возникъ законъ временный; таковъ характеръ всѣхъ законовъ о введеніи въ дѣйствіе какихъ либо законоположеній, напр., о введеніи въ дѣйствіе судебныхъ уставовъ; законы, объявляющіе мѣстность на военномъ положеніи; законъ 14 Авг. 1881 г. объ усиленной и чрезвычайной охранѣ, такъ какъ, по ст. 12 этого закона, дѣйствіе этихъ правилъ въ тѣхъ мѣстностяхъ, гдѣ

---

1) На практикѣ допускалось иногда по особому Высочайшему повелѣнію введеніе въ дѣйствіе законовъ, напр., новыхъ таможенныхъ правилъ, по телеграммамъ Министра Финансовъ, до полученія соотвѣтствующаго номера собранія узаконеній.

2) П. Цитовичъ, Курсъ гражданскаго права, стр. 44, отказывается отъ всякаго рѣшенія этого вопроса за юридическою невозможностью таковаго; К. Малышевъ, Курсъ, стр. 118, пр. 21, склоняется повидимому, въ пользу фиктивнаго вычисленія срока полученія.

было введено такое положеніе, прекращается въ силу самого закона, если по истеченіи 1 года для усиленной охраны и 6 мѣсяцевъ для чрезвычайной, охрана не будетъ продолжена по представленію въ комитетъ министровъ министра внутреннихъ дѣлъ.

Законы же, воспріемлющіе силу безусловно, а не на срокъ, или, какъ ихъ называли прежде, законы вѣчные, сохраняютъ, по точному выраженію ст. 72 законовъ основныхъ, свое дѣйствіе, «доколѣ не будутъ отмѣнены силою новаго закона».

Поэтому законъ уголовный никогда не можетъ быть отмѣненъ обычаемъ; оставленіе закона практикою безъ примѣненія, хотя бы это продолжалось и весьма долгое время, хотя бы оно объяснялось несоотвѣтствіемъ закона съ измѣнившимися условіями государственной и общественной жизни, можетъ сдѣлать законъ устарѣлымъ, но не можетъ отмѣнить закона.

Для отмѣны закона необходима прямо заявленная воля законодательной власти и притомъ заявленная общимъ законодательнымъ путемъ. Пересмотръ отдѣльныхъ томовъ свода при новомъ ихъ изданіи можетъ нерѣдко обнаружить необходимость отмѣны нѣкоторыхъ устарѣлыхъ законовъ, но самая отмѣна ихъ не можетъ послѣдовать въ порядкѣ кодификаціонномъ. Такъ, напр., пунктомъ 4 закона 5 Ноября 1885 года о переработкѣ свода законовъ хотя и было указано, что обязательному исключенію изъ свода законовъ подлежатъ правила, которыя, утративъ обязательную силу, содержатъ въ себѣ одни только историческія указанія, но это положеніе относилось только къ такимъ статьямъ или, въ особенности, къ примѣчаніямъ, которыя имѣли характеръ не закона, а простой исторической справки.

Прекращеніе силы закона можетъ выражаться или въ полной отмѣнѣ закона [1]), или въ замѣнѣ его новымъ, или въ его измѣненіи, въ смыслѣ отмѣны какой либо его части, или, наоборотъ, въ видѣ пополненія его, когда образуется новый законъ изъ стараго съ присоединеніемъ къ нему извѣстнаго дополненія.

Указаніе на то, какія именно изъ существующихъ узаконеній отмѣняются или измѣняются новымъ закономъ, можетъ быть сдѣлано въ самомъ же законѣ. Такъ, ст. 114 учр. гос. сов., изд. 1892 г., говорила: «Въ каждомъ новомъ уставѣ, положеніи или отдѣльномъ узаконеніи должны быть означаемы статьи свода законовъ, которыя симъ измѣняются или вовсе отмѣняются»; но это правило, представляющее несомнѣнно серьезныя практическія затрудненія, требуя отъ редакторовъ каждаго закона полнаго и всесторонняго знакомства со всѣми отдѣлами свода, примѣнялось не всегда. Нерѣдко при изданіи новыхъ законовъ довольствовались болѣе неопредѣленнымъ указаніемъ: въ дополненіе, поясненіе или отмѣну подлежащихъ статей свода; въ изданіе 1901 г. ст. 114 не включена. Но нельзя не прибавить, что употребленіе той или другой формулы только облегчаетъ задачу примѣни-

1) По принятой въ сводѣ терминологіи, полное прекращеніе дѣйствія какой либо статьи означается словомъ «отмѣнена»; слово «исключена» указываетъ, по преимуществу, что соотвѣтствующее бывшей статьѣ постановленіе находится въ иномъ томѣ свода; и слово «замѣнена» указываетъ, что вмѣсто этой статьи помѣщено иное постановленіе или въ иномъ томѣ свода, или даже въ томъ же томѣ, но въ другомъ раздѣлѣ или главѣ. О юридической постановкѣ кодификаціи нашихъ законовъ, о порядкѣ отмѣны законовъ и о значеніи продолженій къ своду, ср. интересную статью Лозины-Лозинскаго: Кодификація законовъ по русскому государственному праву, въ Жур. М. Ю., 1899 г. № 4 и 5

телей новаго закона, а вовсе не измѣняетъ существа дѣла, такъ какъ юридическое основаніе отмѣны прежняго закона заключается не въ этомъ указаніи законодателя, а въ существѣ новаго закона, въ томъ основномъ положеніи, что одно и то же юридическое отношеніе не можетъ нормироваться двумя повелѣніями законодательной власти, другъ другу противорѣчащими, а потому позднѣйшее велѣніе отмѣняетъ всякое предшествующее, относящееся къ тому же предмету и съ нимъ несходное (lex posterior derogat legi priori). Сообразно сему, если въ новомъ законѣ и не было сдѣлано никакого прямаго указанія на законъ прежній, имъ замѣняемый, то тѣмъ не менѣе этотъ прежній законъ долженъ почитаться отмѣненнымъ.

Если законъ не сдѣлалъ прямаго указанія на то, какія законоположенія онъ отмѣняетъ или измѣняетъ, то на комъ же лежитъ въ этомъ случаѣ обязанность выяснить и установить объемъ и сущность измѣненій, имъ произведенныхъ въ предшествующемъ законодательствѣ?

По нашему законодательству, такая обязанность лежитъ прежде всего на томъ учрежденіи, коему ввѣрена кодификація законовъ, т. е. послѣ 1826 г. на второмъ отдѣленіи Е. И. В. Канцеляріи, въ 1882 г. это было возложено на кодификаціонный отдѣлъ при Государственномъ Совѣтѣ, а нынѣ, по закону 18 Сент. 1893 г., на отдѣленіе свода законовъ въ Государственной Канцеляріи, въ которое, по ст. 186 учр. прав. сената, обязательно должны быть доставляемы всѣ обнародываемыя узаконенія. Издавая продолженіе къ своду или дѣлая новое изданіе свода, оно обязано исключить изъ него или показать отмѣненными всѣ тѣ статьи, которыя утратили свою силу вслѣдствіе изданія новыхъ законовъ [1]); такъ, въ неоднократно цитированномъ законѣ 5 Ноября 1885 г. предоставлено кодификаціонному отдѣлу (п. 4, в) исключить при новомъ изданіи свода всѣ правила, «хотя прямо и не отмѣненныя, но утратившія силу по содержанію позднѣйшихъ узаконеній». Конечно, такое указаніе должно быть сдѣлано въ ближайшемъ продолженіи, но это не препятствуетъ оказавшійся недосмотръ и пропуски отмѣтить и въ позднѣйшихъ продолженіяхъ, какъ о томъ и выражено въ пунктѣ 15 того же закона. Но, конечно, и въ этомъ случаѣ не надо забывать, что отмѣна совершается не этимъ указаніемъ кодификатора, а закономъ, на которомъ основывается кодификаторъ, и что, слѣдовательно, самый моментъ отмѣны относится къ моменту изданія новаго закона, а не къ моменту изданія продолженія [2]).

---

[1]) Въ тѣхъ же случаяхъ, когда, при согласованіи новаго закона съ прежнимъ, встрѣчался вопросъ о необходимости разрѣшить возбуждаемыя недоразумѣнія не въ порядкѣ кодификаціонномъ, онъ вносился на разсмотрѣніе Государственнаго Совѣта; ср. примѣры у Лозины-Лозинскаго, стр. 162. Такъ и при изданіи дѣйствующаго уголовнаго уложенія была по Высочайшему повелѣнію образована при Мин. Юстиціи подъ моимъ предсѣдательствомъ особая комиссія о представленіи на утвержденіе въ законодательномъ порядкѣ тѣхъ статей всѣхъ отдѣльныхъ томовъ свода законовъ, въ особенности законовъ гражданскихъ, устава о содерж. подъ стражею, устава о ссыльныхъ и т. п., которыя должны были быть измѣнены въ видахъ согласованія съ новымъ уложеніемъ.

[2]) Выходя изъ этого указанія, Правительствующій Сенатъ по уголовному и въ особенности гражданскому кассаціоннымъ департаментамъ признавалъ, что одно кодификаціонное измѣненіе или даже замѣна и отмѣна той или другой статьи не могутъ имѣть рѣшающаго значенія, если такой выводъ не подтверждается самымъ текстомъ закона, на которомъ основывается это кодификаціонное измѣненіе. Ср. рѣшенія гр. кас. деп. 80/142, 80/242 и 252, въ коихъ выражено, что изъ кодифи-

Далѣе, эта обязанность лежитъ на примѣнителяхъ закона, составляя одну изъ самыхъ трудныхъ и важныхъ судейскихъ обязанностей, одинъ изъ важнѣйшихъ видовъ интерпретаціи закона. Выполненіе этой обязанности имѣетъ практическое значеніе не только въ періодъ времени, отдѣляющій моментъ изданія закона отъ момента внесенія его въ продолженіе, но и послѣ изданія продолженія, въ виду возможныхъ пропусковъ и ошибокъ кодификаторовъ, а иногда даже и вслѣдствіе невозможности подобнаго измѣненія путемъ кодификаціоннымъ. Въ особенности трудна эта дѣятельность при изданіи обширныхъ законовъ, охватывающихъ цѣлую область права. Такъ, для примѣра можно указать на судебные уставы 1864 г. Несомнѣнно, напр., что уставы уголовнаго судопроизводства въ мѣстностяхъ, въ коихъ они введены въ дѣйствіе, отмѣнили всѣ старые уголовно-процессуальные законы, заключающіеся во II книгѣ XV т., но они отмѣнили также и процессуальныя правила, несогласныя съ новымъ уставомъ, помѣщенныя и въ I книгѣ XV т., т. е. въ улож. наказ., хотя статьи, ихъ содержащія, оставались безъ измѣненія въ изданіяхъ 1866 г. и 1885 г.

§ 4. Разъясненіе и пополненіе закона.

42. Примѣненіе приказа или запрета закона къ конкретнымъ жизненнымъ случаямъ предполагаетъ, съ одной стороны, выясненіе объема и существенныхъ признаковъ даннаго запрета или приказа, а съ другой—выясненіе наличности этихъ существенныхъ признаковъ въ данномъ дѣяніи, подлежащемъ судебному разбирательству, такъ какъ только при установленіи тождества между обѣими группами признаковъ возможно примѣненіе къ обвиняемому тѣхъ послѣдствій, которыя должны слѣдовать за неповиновеніемъ велѣніямъ закона.

Установленіе наличности требуемыхъ закономъ признаковъ въ данномъ дѣяніи, по существу своему, можетъ быть выполняемо при каждомъ отдѣльномъ судебномъ разбирательствѣ, а потому порядокъ и правила такого установленія всецѣло входятъ въ процессуальное право; опредѣленіе же законныхъ признаковъ состава, хотя и можетъ иногда также возбуждаться при разсмотрѣніи отдѣльныхъ случаевъ, но обыкновенно оно совершается отдѣльно отъ такого разбирательства: судъ, составленный изъ научно подготовленныхъ юристовъ, вноситъ съ собою въ процессъ уже готовыя, твердо установленныя представленія о характеристическихъ признакахъ отдѣльныхъ преступныхъ дѣяній. Мало того, эти два вида разъяснительной дѣятельности представляются настолько обособленными, что современныя законодательства знаютъ особую форму процесса, направленную исключительно къ провѣркѣ правильности усвоеннаго судомъ взгляда на содержаніе и смыслъ закона, иногда вовсе не

каціоннаго перемѣщенія законоположеній изъ одного тома свод. зак. въ другой или изъ одной части тома въ другую, перемѣны закона выводить нельзя; то же повторено и въ рѣшеніи 82/128; подобныя же воззрѣнія защищалъ и уголовный кассаціонный департаментъ въ особенности въ рѣшеніи 1897 по дѣлу Носовича. Любопытны также примѣры изъ практики 1-го депар. у Лозины-Лозинскаго, в. с., стр. 145—157.

касающуюся вопроса о правильности установленія признаковъ даннаго событія—кассаціонное производство.

Это разъясненіе содержанія и смысла закона, уразумѣніе его для примѣненія къ отдѣльнымъ случаямъ носитъ названіе толкованія закона. Изученіе правилъ и пріемовъ такого толкованія прежде даже было предметомъ особой науки—герменевтики права, а теперь входитъ, главнымъ образомъ, въ курсъ гражданскаго права. Но въ виду нѣкоторыхъ особенностей, которыя представляетъ толкованіе законовъ уголовныхъ, эти вопросы нельзя обойти и въ курсѣ права уголовнаго. Это тѣмъ болѣе необходимо, что долго державшаяся въ законодательной практикѣ (напр., у насъ въ наказѣ Екатерины II), и даже въ наукѣ, мысль о томъ, что значеніе толкованія стоитъ въ прямой связи съ несовершенствомъ закона, показываетъ непониманіе природы закона и сущности толкованія [1]). Наоборотъ, чѣмъ совершеннѣе законъ уголовный, чѣмъ болѣе въ немъ замѣняются конкретные признаки обобщенными юридическими понятіями, чѣмъ строже употребляемый законодателемъ юридическій языкъ, тѣмъ больше значенія получаютъ для правильности его примѣненія научные пріемы толкованія законовъ, такъ какъ только тогда мѣсто ссылокъ на казусы и прецеденты занимаетъ логическое развитіе заключающихся въ законѣ понятій, только тогда возможно примѣненіе къ даннымъ практической жизни началъ научной разработки права. Опредѣленіе въ законѣ, положимъ, воровства, какъ «тайнаго похищенія чужаго движимаго имущества», представляется весьма простымъ; но каждому юристу извѣстно, какимъ сложнымъ понятіемъ является каждое изъ словъ, входящихъ въ это опредѣленіе [2]).

Первый вопросъ, съ которымъ мы встрѣчаемся въ ученіи о толкованіи, заключается въ установленіи самой задачи толкованія.

Объектомъ толкованія является законъ, т. е. воплощенная воля авторитетной власти. Воля не есть только мысль, желаніе, а намѣреніе, намѣреніе, воспріявшее плоть и кровь, распознаваемое всѣми и каждымъ, а потому и могущее служить руководствомъ дѣятельности. Законъ, какъ воплощенная воля, предполагаетъ въ себѣ два элемента: мысль законодателя, то, что хотѣлъ сказать законодатель, и оболочку, форму, въ которую онъ облекъ эту мысль. Выясненіе того, какая законодательная мысль вылилась въ данной формѣ, составляетъ задачу толкованія.

Такимъ образомъ, мысль, предположеніе законодателя, не нашедшія выраженія въ текстѣ закона, не составляютъ закона: что не выражено, то не

---

[1]) Эта мысль въ особенности часто встрѣчается у нашихъ даже весьма уважаемыхъ юристовъ-практиковъ, такъ, Я. Г. Есиповичъ, въ статьѣ о толкованіи законовъ, Ж. М. Ю. 1894 № 2 стр. 85, говоритъ: «вслѣдствіе несовершенства въ изложеніи законовъ и пристрастнаго изложенія смысла ихъ тѣми, для кого это искаженіе почему либо выгодно», оказывается необходимымъ устанавливать истинный смыслъ тѣхъ или другихъ законовъ; устанавливать истинный смыслъ законовъ, значитъ толковать законы.

[2]) Ср. по вопросу о толкованіи: F. Savigny, System des heutigen römischen Rechts, т. I, стр. 206—236; Schaffrath, Theorie der Auslegung konstitutioneller Gesetze, 1842 г.; A. Krug, Die Grundsätze des Gesetzauslegung, 1848 г.; G. Burchardi, Die Wissenschaft und Kunst der Rechtsfindung, 1869 г.; A. Merkel, Analogie und Auslegung des Gesetzes въ Holtzendorff's Handbuch; Binding, Handbuch, § 95 и сл.; Mittelstädt, Zur Lehre von der Auslegung der Strafgesetze, G. XLIII, № 1; Brocher, Etude sur les principes généraux de l'interprétation des lois, 1870.

можетъ быть и выяснено; съ другой стороны, текстъ закона, его оболочка, насколько она не соотвѣтствуетъ разуму закона, не соотвѣтствуетъ долженствующей проявиться въ этой оболочкѣ волѣ законодательной власти, не можетъ имѣть значенія закона, такъ какъ въ немъ нельзя видѣть выраженія авторитетной воли, запрещающей или приказывающей что-либо. Законъ составляетъ только возсоединеніе обоихъ элементовъ, потому что онъ—выраженная во внѣ воля законодателя. Какъ разъяснилъ уголовный кассаціонный департаментъ въ рѣшеніи 1890 г. № 31, судъ долженъ въ разъясненіи закона руководствоваться его разумомъ, мыслью законодателя, но извлекая содержаніе закона изъ того изложенія, которое дано разъясняемому постановленію законодательною властью, такъ какъ только мысль законодателя, воплотившаяся въ словѣ закона, составляетъ законъ.

Что касается перваго изъ только что указанныхъ положеній, то оно съ очевидностью вытекаетъ какъ изъ условій созданія закона, такъ и изъ условій его примѣненія. Что такое воля законодателя, не нашедшая себѣ выраженія? Законъ до момента его свершенія, какъ мы видѣли, проходитъ нѣсколько стадій составленія, разсмотрѣнія и т. д. Будутъ ли такою волею предположенія составителей законопроекта, соображенія министра, внесшаго законопроектъ въ Государственный Совѣтъ, разсужденія департаментовъ Государственнаго Совѣта, или его общаго собранія? Очевидно, нѣтъ, потому что ихъ мнѣнія, желанія, не есть воля законодателя. По нашимъ основнымъ законамъ, законодательная власть всецѣло принадлежитъ Императору и только Императору, а Его воля есть воля, нашедшая выраженіе въ утвержденномъ имъ законопроектѣ. Въ такомъ же положеніи стоитъ этотъ вопросъ и въ конституціонныхъ государствахъ: закономъ можетъ почитаться только мысль, выраженная въ текстѣ закона, принятаго палатами и санкціонированнаго главою государства: ни мотивы, сопровождавшіе проектъ, ни мнѣнія, высказанныя въ палатахъ ораторами большинства или меньшинства, не могутъ сами по себѣ имѣть такого значенія. Дѣйствительно, въ какомъ положеніи находился бы примѣнитель закона, если бы ему пришлось руководствоваться не закономъ, всенародно публикованнымъ, а предположеніями и мнѣніями законодательныхъ факторовъ, мнѣніями, иногда остающимися неизвѣстными, или опубликованными отрывочно, не вполнѣ. Объяснительныя записки, журналы Государственнаго Совѣта и т. п. служатъ громаднымъ подспорьемъ для уразумѣнія, объясненія закона, но никогда не могутъ замѣнить собою законъ. Нѣкоторые новые нѣмецкіе криминалисты идутъ въ этомъ отношеніи еще далѣе. «Съ момента публикаціи закона, замѣчаетъ Биндингъ (стр. 454), съ момента категорическаго заявленія о томъ, что то, что находится въ законѣ, должно почитаться правомъ, исчезаютъ однимъ взмахомъ всѣ лѣса намѣреній, желаній духовныхъ творцовъ закона, отчасти даже и самого законодателя. Съ этого момента законъ покоится только на самомъ себѣ, поддерживается собственною силою и тяжестью, получаетъ самостоятельный смыслъ: иногда разумнѣе, иногда ограниченнѣе его творца, иногда богаче, иногда бѣднѣе его по внутреннему содержанію, иногда счастливѣе въ употребленныхъ выраженіяхъ, чѣмъ предполагалъ его составитель, а иногда, и именно въ такихъ мѣстахъ, въ которыхъ авторы видѣли полную ясность и законченность, почи-

тали недопустимыми какія либо недоразумѣнія, законъ оказывается шаткимъ, сомнительнымъ, благодаря сопоставленію его съ другими однородными постановленіями. Публикація закона составляетъ для носителя законодательной власти моментъ отчужденія своей индивидуальной воли; воля закона (Rechtswille) противопоставляется ему, какъ объективная сила. И это представляется счастьемъ и для него, и для закона; законодатель подчиняется закону и въ этомъ уваженіи къ праву становится на одномъ уровнѣ съ своими подданными. Только путемъ отрѣшенія велѣній закона отъ личности его творца право получаетъ возможность властвовать надъ поколѣніями, несмотря на всякія перемѣны законодателей». По этому идеалистическому воззрѣнію внутреннимъ элементомъ закона является не воля законодательныхъ факторовъ, а правовая воля (Rechtswille), воля нормы, отрѣшенная отъ воли законодателя.

Для поясненія этого вопроса можно найти много примѣровъ изъ исторіи нашего бывшаго устава о наказаніяхъ, въ его разъясненіяхъ практикою уголовнаго кассаціоннаго департамента. Такъ, при разсмотрѣніи проекта устава въ Государственномъ Совѣтѣ, по поводу ст. 48 устава, наказывающей за недозволенный сборъ на церкви и т. п., какъ указано въ журналѣ соединенныхъ департаментовъ, департаменты нашли необходимымъ, чтобы деньги, пожертвованныя на церкви или другія богоугодныя заведенія, были всегда употребляемы для этой же цѣли, а потому они положили выразить въ концѣ этой статьи, что «собранныя деньги отсылаются по назначенію жертвователей»; затѣмъ въ журналахъ общаго собранія по этой статьѣ нѣтъ никакихъ замѣчаній, но въ окончательной редакціи проекта предположенное департаментами добавленіе выражено такъ: «собранныя деньги отсылаются въ мѣстныя богоугодныя заведенія». Различіе между предположеніями Государственнаго Совѣта и текстомъ закона очевидно, и уголовный кассаціонный департаментъ Правительствующаго Сената, встрѣтившись съ этимъ вопросомъ, совершенно справедливо нашелъ ($^{68}/_{791}$, Парамонова), что обязателенъ текстъ закона, а не предположенія департаментовъ, и потому призналъ, что деньги никогда не могутъ быть оставляемы за тѣмъ учрежденіемъ, въ пользу коего онѣ собирались. Въ офиціальномъ указателѣ, составленномъ во II Отдѣленіи Его Императорскаго Величества канцеляріи при согласованіи устава о наказаніяхъ съ уложеніемъ, значилось, что 1293 ст. ул. изд. 1857 г., опредѣлявшая отвѣтственность за устройство общественнаго богомоленія евреевъ безъ разрѣшенія начальства, и отвѣтственность домохозяевъ за допущеніе такого богомоленія въ своихъ домахъ, замѣнена 41 ст. уст. о наказ., но такъ какъ въ текстѣ этой статьи говорилось о допущеніи въ трактирахъ, харчевняхъ и другихъ *сего рода* заведеніяхъ недозволенныхъ увеселеній или игръ или же *безчинства* и *безпорядковъ*, то Сенатъ, по общему собранію, въ рѣшеніи 1886 г. №12 разъяснилъ, что указанные выше случаи подъ эту статью подводимы быть не могутъ. Равнымъ образомъ, въ томъ же указателѣ значилось, что статья 234 улож. 1857 г., опредѣлявшая отвѣтственность за погребеніе безъ совершенія надлежащихъ христіанскихъ обрядовъ, замѣнена 107 ст. уст. о нак., но угол. касс. деп. Правительств. Сената, въ рѣшеніи 1890 г. № 31, разъяснилъ, что какъ по мѣсту, занимаемому этою статьею, такъ и по ея изложенію, она имѣетъ въ виду только полицейскія правила о погребеніи усопшихъ,

установленныя въ огражденіе народнаго здравія и равно обязательныя для всѣхъ вѣроисповѣданій, а потому указанные случаи подъ дѣйствіе этой статьи подводимы быть не могутъ.

Нѣсколько труднѣе, повидимому, обосновать второе положеніе. Можно ли не придавать обязательной силы закона тому, что вошло въ законъ, что было публиковано какъ законъ, ссылаясь на то, что выраженіе закона, его форма, не соотвѣтствуетъ законодательной волѣ, не объемлется ею [1])?

Дѣйствительно, мы встрѣчаемъ между юристами цѣлую доктрину, считающую своими представителями такихъ выдающихся писателей, какъ изъ цивилистовъ—Вангеровъ, изъ криминалистовъ—Фейербахъ, Гефтеръ, которые признаютъ безусловно обязательную силу за всѣмъ офиціально изданнымъ текстомъ закона, со всѣми его неправильностями: судья по этому взгляду есть слѣпой исполнитель опубликованнаго закона.

Но такое буквальное примѣненіе закона представляется теоретически несостоятельнымъ и практически неосуществимымъ.

Для правильной постановки этого вопроса, несомнѣнно имѣющаго громадную практическую важность, казалось бы необходимымъ обращать вниманіе на то, въ чемъ заключается несоотвѣтствіе, благодаря кому и когда оно возникло: 1) несоотвѣтствіе формы съ волею, выраженною въ законѣ, можетъ происходить или отъ неудачно выбранныхъ терминовъ и выраженій, несоотвѣтствующихъ тому, что желалъ выразить законодатель, или отъ вставки ненужныхъ словъ и выраженій, затемняющихъ истинный смыслъ закона, или, наконецъ, отъ пропуска какихъ либо словъ; 2) неточность можетъ быть дѣломъ лицъ, подготовляющихъ законъ, его духовныхъ творцовъ—ошибки въ законопроектѣ, или же эта неточность можетъ быть послѣдствіемъ дѣятельности лицъ, не принимавшихъ участія въ составленіи закона—ошибки переписчиковъ, ошибки типографскія; 3) неточности могутъ существовать до момента санкціонированія закона—ошибки въ текстѣ законопроекта, поднесеннаго къ подписанію Государя Императора, или же явиться послѣ утвержденія закона, при составленіи съ него списка, при его напечатаніи, при послѣдующихъ изданіяхъ и т. п. Очевидно, что всѣ эти оттѣнки должны имѣть существенное значеніе при рѣшеніи вопроса, въ особенности же важно третье изъ указанныхъ выше различій.

Законопроектъ получаетъ значеніе закона въ силу его утвержденія законодательною властью, а вступаетъ въ дѣйствіе въ силу публикаціи. Утверждать, что отпечатанный публикованный законъ со всѣми его ошибками и неточностями первенствуетъ предъ закономъ подписаннымъ, значитъ признавать законодательную власть за наборщиками или корректорами сенатской и государственной типографіи. Сообразно съ этимъ указаніемъ, казалось бы, должны быть разрѣшаемы слѣдующіе вопросы: 1) законъ отпечатанъ въ собраніи узаконеній правильно, но внесенъ неправильно въ продолженіе, съ

---

[1]) Ср. по этому вопросу, получившему большое значеніе въ германской литературѣ, такъ какъ въ германскомъ кодексѣ 1872 г., за спѣшностью его изготовленія, оказалось весьма много неточностей и пропусковъ, Sonntag, Die Redaktionsversehen des Gesetzgebers, 1874 г.; Wächter, Strafrechtliche Fragen, Gerichtssaal, 1877.

описками или невѣрностями, по винѣ, положимъ, редакторовъ кодификаціоннаго отдѣла, вносившихъ законъ въ продолженіе, или по винѣ типографіи: очевидно, что для всѣхъ учрежденій и частныхъ лицъ обязателенъ правильный текстъ собранія узаконеній, а не ошибочный—продолженія; самое исправленіе этихъ ошибокъ въ продолженіяхъ и сводахъ отнюдь не требуетъ участія и санкціи законодательной власти [1]); 2) законъ отпечатанъ въ собраніи узаконеній съ ошибками противъ хранящагося въ Сенатѣ подлинника: очевидно, что и такая ошибка, замѣченная или при примѣненіи закона, или при его внесеніи въ продолженіе, не можетъ имѣть силы закона и ея исправленіе должно быть сдѣлано въ порядкѣ административномъ, а не въ законодательномъ, по тому общему правилу, что всякая копія (въ данномъ случаѣ, печатный текстъ) должна быть исправляема сличеніемъ съ оригиналомъ (текстъ подписаннаго или объявленнаго Высочайшаго повелѣнія). Примѣровъ такихъ исправленій можно отыскать много въ нашей кодификаціи, причемъ нѣкоторыя изъ корректурныхъ ошибокъ упорно повторялись въ рядѣ изданій, несмотря на ихъ существенное значеніе. Для примѣра можно указать на выдвореніе запятой изъ статьи 1418 улож. о нак., въ текстѣ которой находилось выраженіе «...или непринадлежащаго виновному имени фамиліи, было соединено съ другимъ...», причемъ въ изданіяхъ уложенія до 1885 г. между словами имени фамиліи запятой не ставилось, а въ изданіи 1885 г. таковая поставлена, почему получалась отвѣтственность и за присвоеніе непринадлежащаго имени, между тѣмъ какъ составители имѣли здѣсь въ виду фамильное имя (имя другой фамиліи по ст. 1416), а вовсе не желали установить отвѣтственность за осуществленіе иногда даже эстетической потребности замѣнить неблагозвучное имя Секлитикіи—Розою, или Христодулы—Гіацинтою. Другой примѣръ: при изданіи въ 1855 г. постановленій о нарушеніяхъ уставовъ телеграфныхъ въ п. 9 было указано на поврежденіе телеграфовъ для совершенія или способствованія преступленіямъ государственнымъ, причемъ была сдѣлана ссылка на ст. 263, 266, 271 и 275; при изданіи же уложенія 1857 г. это постановленіе вошло въ ст. 1632, причемъ была сдѣлана ссылка на ст. 275, 278, 282 (говорившую о распространеніи сочиненій и изображеній, оскорбительныхъ для членовъ царствующаго дома) и 287. Эта явно ошибочная ссылка на 282 вмѣсто 283 ст. была, однако, повторена и въ изданіяхъ 1866 и 1885 г. (ст. 1145, гдѣ ссылались на 248 вмѣсто 249), и только при изданіи продолженія 1889 г. эта ссылка указана, какъ опечатка, хотя на основаніи этой опечатки устанавлялась общимъ образомъ смертная казнь за такое дѣяніе, которое въ самыхъ тяжкихъ формахъ влекло каторгу до 12 лѣтъ, а въ болѣе легкихъ даже арестъ отъ 7 дней до 3-хъ мѣсяцевъ, и оскорбленіе членовъ царствующаго дома ставилось много выше оскорбленія самого императора. Нельзя также не указать на серьезную опечатку, вкравшуюся только въ изданіе 1885 г., гдѣ въ статьѣ 1683 сдѣлано указаніе, что наказаніе назначается по 2 степени

---

1) Такъ, во всеподданнѣйшемъ докладѣ 13 Марта 1869 г. главноуправляющаго вторымъ отдѣленіемъ, въ коемъ содержится указаніе на Высочайше одобренныя предположенія о порядкѣ исправленія погрѣшностей въ продолженіяхъ, прямо указано, что ошибки и опечатки, не устраненныя до обнародованія продолженія, оговариваются въ ближайшемъ продолженіи; то же повторено и въ статьѣ 15 закона 5 Ноября 1885 года.

статьи 31-ой вмѣсто 33-ей, что и исправлено при изданіи продолженія 1889 г.

Несравненно труднѣе рѣшается вопросъ объ ошибкахъ и неточностяхъ, вкравшихся въ подлинный текстъ именнаго или объявленнаго Высочайшаго повелѣнія.

Можемъ ли мы сказать, что всякая подобная неточность или ошибка должна быть исправляема при практическомъ примѣненіи закона путемъ интерпретаціи, что всякій примѣнитель закона можетъ сказать, что ясный текстъ закона не долженъ быть примѣняемъ, потому что законодатель не думалъ такъ, какъ выразился, или даже не могъ такъ думать? Принять такое положеніе значитъ поставить произволъ толкователя надъ законодателемъ, значитъ лишить законъ всякаго практическаго значенія и силы. Положимъ, въ санкціи какой либо статьи законопроекта было опредѣлено: наказывается «каторгою *отъ 4—6 лѣтъ, а если въ военное время, то каторгою* отъ 12—15 лѣтъ»; если затѣмъ, по ошибкѣ переписчика, въ окончательномъ проектѣ, получившемъ Высочайшее утвержденіе, слова, напечатанныя курсивомъ, оказались выпущенными [1]), такъ что въ публикованномъ текстѣ санкція читается такъ: «каторгою отъ 12—15 лѣтъ», то можетъ ли примѣнитель закона, до исправленія этой описки самимъ законодателемъ, дѣлать при примѣненіи этой статьи различіе, первоначально установленное въ проектѣ, или нѣтъ?

Допущеніе во всѣхъ этихъ случаяхъ исправленія закона путемъ толкованія было бы постановленіемъ судейскаго усмотрѣнія вмѣсто закона. Но, съ другой стороны, и признаніе безусловно обязательной силы за всѣмъ текстомъ закона, удостоеннаго Высочайшаго подписанія, безотносительно къ законодательной мысли, въ немъ выраженной, приведетъ насъ несомнѣнно къ абсурду.

Какое значеніе можно придать, напр., внесеннымъ въ текстъ закона реторическимъ украшеніямъ, фіоритурамъ, указаніямъ на цѣль и поводъ закона? Можно ли считать всѣ эти элементы текста закона юридическими условіями преступнаго дѣянія? Ст. 1469 уложенія о наказ. по изд. 1885 г. содержала, между прочимъ, такое выраженіе: «посягательство на жизнь существа, рожденнаго отъ человѣка и, слѣдственно, имѣющаго человѣческую душу»; должно ли было, на этомъ основаніи, слѣдствіе по дѣлу объ убійствѣ урода быть направляемо и на изслѣдованіе вопроса о томъ, имѣлъ ли убитый уродъ человѣческую душу, или нѣтъ? нужно ли было вводить этотъ признакъ въ вопросы присяжнымъ? Ст. 210 говорила: «если кто-либо, *забывъ страхъ Божій и должное благоговѣніе къ таинствамъ и обрядамъ вѣры*, войдетъ или же насильно ворвется» и т. д.; составляли ли слова, напечатанныя курсивомъ, юридическое условіе даннаго преступленія? Ст. 1615 говорила: «за умышленное, по злобѣ или мщенію, истребленіе», и т. д.; могла ли эта статья быть примѣнена и къ лицу, дѣйствовавшему изъ какихъ либо иныхъ мотивовъ?

Казалось бы, что для правильнаго рѣшенія этого вопроса необходимо

---

1) Подобная описка, происшедшая при изданіи германскаго военно-уголовнаго кодекса въ § 59, цитируется во всѣхъ новыхъ нѣмецкихъ учебникахъ; другіе примѣры описокъ у Binding, Handbuch, стр. 462, пр. 14.

сдѣлать различіе между законодательными ошибками по самому ихъ свойству. Если ошибка такова, что, благодаря ей, самая первоначальная мысль закона не нашла выраженія въ текстѣ, не можетъ быть изъ него выяснена, то ошибочный текстъ закона, хотя и имѣющаго отличный отъ предположеннаго смыслъ, обязателенъ для практики и исправленіе ошибки возможно только путемъ законодательнымъ. Если, несмотря на ошибку или неточность, истинная мысль законодателя можетъ быть выяснена при помощи обычныхъ пріемовъ толкованія, то исправленіе ошибки возможно и не законодательнымъ путемъ, а самою практикою; если же, наконецъ, допущенная ошибка не даетъ возможности выясненія истинной мысли закона, но въ то же время дѣлаетъ примѣненіе ошибочнаго текста фактически или юридически невозможнымъ, то дѣйствіе закона должно быть фактически суспендировано, впредь до измѣненія постановленія въ порядкѣ законодательномъ.

Но, независимо отъ указанныхъ случаевъ неточнаго изложенія мысли законодателя, у насъ, при нашей системѣ изданія законовъ, возможенъ еще одинъ, имѣющій большое практическое значеніе—это несоотвѣтствіе формы и мысли, происшедшее вслѣдствіе кодификаціи закона, внесенія его въ продолженіе или въ новое изданіе отдѣльнаго тома, все равно, возникло ли это несоотвѣтствіе вслѣдствіе неправильнаго изложенія измѣненной статьи или вслѣдствіе неправильнаго помѣщенія ея въ рядъ другихъ статей, въ неустановленіи надлежащаго соотношенія съ другими, соприкасающимися съ нею статьями и т. п. Напр., закономъ 1874 г. во вторую часть ст. 250 улож. о наказ. внесенъ новый видъ бунта и образованіе сообщества, направленнаго къ достиженію, въ болѣе или менѣе отдаленномъ будущемъ, цѣлей, указанныхъ въ ст. 249; въ статьѣ же 255 въ продолженіи 1876 г. и въ изданіи 1885 г. безъ измѣненія осталось прежнее указаніе, что въ случаяхъ, предусмотрѣнныхъ въ нѣкоторыхъ статьяхъ, а въ томъ числѣ и въ ст. 250, можетъ быть, при указанныхъ въ статьѣ условіяхъ, назначаема конфискація; можно ли утверждать, что ст. 255 не примѣняется къ дѣянію, вновь внесенному во 2-ую часть 250 ст., основываясь на томъ, что ни въ мотивахъ къ законопроекту, ни въ журналахъ Государственнаго Совѣта, не поднимался и вопросъ о примѣненіи конфискаціи къ случаямъ этого рода? Я думаю, что да, такъ какъ не существуетъ авторитетной воли законодателя, которая бы установила конфискацію за преступленія сего рода. Поднесеніе «продолженія» или новаго изданія на Высочайшее благоволеніе, полученіе Высочайшаго соизволенія на его обнародованіе, не равносильно его законодательному утвержденію ни по формѣ, ни по существу. Другое дѣло, когда новое изданіе прошло чрезъ Государственный Совѣтъ въ общемъ законодательномъ порядкѣ и удостоилось въ этомъ же порядкѣ Высочайшаго утвержденія. Тогда оно является новымъ законодательнымъ актомъ и покрываетъ всѣ неточности и даже промахи кодификаціи. Въ этомъ смыслѣ и Правительствующій Сенатъ неоднократно разрѣшалъ, какъ было уже указано ранѣе, недоразумѣнія, возбуждавшіяся кодификаціонными измѣненіемъ законовъ.

Такимъ образомъ, задача толкованія уголовнаго закона сводится: 1) къ установленію той нормы, посягательство на которую хотѣлъ воспретить законодатель, и 2) къ опредѣленію объема воспрещеннаго посягательства или къ

установленію признаковъ и условій преступности и наказуемости воспрещеннаго закономъ посягательства.

43. Установивъ задачу толкованія, необходимо обратиться къ его средствамъ и пріемамъ. Въ этомъ отношеніи, въ правѣ уголовномъ мы встрѣчаемся съ тѣми же средствами толкованія, какъ и въ правѣ гражданскомъ. Такимъ образомъ, возможно разъясненіе закона или на основаніи самаго же закона, или на основаніи данныхъ, внѣ закона лежащихъ.

Къ разъясненію закона на основаніи самаго же закона относится, прежде всего, разъясненіе его на основаніи формы или буквы закона,—такъ называемое, разъясненіе грамматическое.

Грамматическое толкованіе текста обращается къ конструкціи фразъ, такъ сказать, къ этимологическому и синтаксическому разбору текста: согласованіе словъ въ родѣ или падежѣ, употребленіе единственнаго или множественнаго числа, однократнаго и многократнаго вида глаголовъ, употребленная въ законѣ пунктуація и т. п., все это можетъ служить подспорьемъ для выясненія смысла закона, такъ какъ, съ одной стороны, законъ долженъ быть понимаемъ, прежде всего, такъ, какъ онъ написанъ, а съ другой—мы всегда предполагаемъ, что законодатель знаетъ языкъ, на которомъ онъ пишетъ, и что онъ пишетъ согласно съ законами и правилами этого языка. Но нельзя не прибавить, что этотъ пріемъ толкованія представляется наиболѣе несовершеннымъ, такъ что прибѣгать къ нему можно только съ крайнею осторожностью. Основанія этого заключаются въ самой природѣ новыхъ живыхъ языковъ, съ ихъ неустановившимися грамматическими правилами, а съ другой—отъ условій составленія, отъ недостаточнаго знанія грамматики составителями, даже отъ того, что всякій законъ есть продуктъ дѣятельности не одного, а многихъ лицъ. Можно ли, напр., основываться при толкованіи нашихъ законовъ на одномъ употребленіи запятыхъ или точекъ съ запятыми, когда мы имѣемъ такъ мало твердыхъ правилъ о разстановкѣ знаковъ препинанія! То же нужно сказать и объ употребленіи словъ въ единственномъ или множественномъ числѣ, о согласованіи ихъ: напр., ст. 1649 уложенія о наказ., изд. 1885 г., говорила: «если кража учинена слугами, работниками, подмастерьями», можно ли отсюда заключить, что для примѣненія закона необходимо, чтобы въ кражѣ участвовало по крайней мѣрѣ двое слугъ или работниковъ, или же эту статью можно было примѣнять, хотя бы участвовалъ одинъ слуга или работникъ? Смыслъ закона и даже его дальнѣйшій текстъ устранялъ возможность придать ему толкованіе, основывающееся исключительно на употребленіи множественнаго числа, какъ это признано и Сенатомъ въ рѣшеніи по дѣлу Гадалина ($^{71}/_{1816}$); такое же толкованіе было дано Сенатомъ въ рѣшеніи по дѣлу Федорова ($^{72}/_{859}$), относительно употребленнаго въ этой же статьѣ выраженія «съ наведенными людьми».

Другой пріемъ грамматическаго толкованія закона заключается въ разъясненіи значенія и смысла употребляемыхъ въ текстѣ закона словъ и выраженій. Конечно, законодатель беретъ необходимыя слова изъ народнаго языка и, слѣдовательно, придаетъ имъ тотъ смыслъ, который они имѣютъ въ жизни; но это жизненное значеніе словъ бываетъ иногда столь разнообразно и измѣнчиво,

допускаетъ столь различные оттѣнки, что указаніе на то, что слова закона должны быть понимаемы въ ихъ житейскомъ смыслѣ, оказывается очень часто непригоднымъ для строгаго техническаго языка, какимъ долженъ быть языкъ закона, а потому кодексъ уголовный придаетъ многимъ словамъ, въ немъ употребленнымъ, особенное техническое значеніе, дѣлаетъ эти слова и выраженія терминами; съ другой стороны, такъ какъ право уголовное даетъ охрану многимъ нормамъ права гражданскаго, государственнаго, то весьма понятно, что въ его опредѣленія входятъ, какъ термины, выраженія, болѣе или менѣе точно опредѣленныя въ другихъ отрасляхъ права. Такія выраженія, какъ «насиліе», «угроза», «воровство» и т. д., въ уложеніи имѣютъ значеніе, весьма отличное отъ придаваемаго имъ въ общежитіи. Такимъ образомъ, въ кодексахъ уголовныхъ вырабатывается свой собственный языкъ, съ самостоятельными понятіями, иногда даже съ своеобразною конструкціею фразъ;—языкъ очень часто литературно тяжелый, неизящный, но имѣющій громадное преимущество по своей точности и опредѣлительности: чѣмъ выше стоитъ кодексъ съ точки зрѣнія законодательной техники, тѣмъ бо̀льшее значеніе пріобрѣтаетъ въ немъ эта своеобразность языка, твердость и устойчивость употребленныхъ терминовъ. Поэтому и при грамматическомъ толкованіи текста закона, мы останавливаемся, прежде всего, на вопросѣ о томъ, не употреблены ли находящіяся въ данной статьѣ слова въ спеціальномъ техническомъ смыслѣ, памятуя то предположеніе, что если законодатель придалъ какому нибудь выраженію спеціальное значеніе, то и во всѣхъ другихъ статьяхъ закона, гдѣ употреблено это слово, оно должно имѣть то же значеніе, пока не будетъ доказано противное. Но, къ сожалѣнію, и этотъ столь важный пріемъ толкованія не всегда можетъ имѣть безусловное значеніе, такъ какъ даже кодексы новѣйшей формаціи, какъ, напр., германскій, далеко не безупречны со стороны техники ихъ языка. У насъ составители уложенія 1845 г. вовсе не придавали значенія этому условію, включая, такъ сказать, для красоты или возвышенности слога, въ статьи цѣлый рядъ ненужныхъ словъ и выраженій, фіоритуръ, затемняющихъ ихъ смыслъ; они не только не заботились о точности терминологіи, но какъ будто умышленно противодѣйствовали этому, стремясь богатствомъ омонимовъ выказать всю мощь нашего языка, такъ что Сенату приходилось многократно указывать, что на техническомъ смыслѣ употребленныхъ въ статьяхъ выраженій у насъ отнюдь нельзя основывать толкованіе закона (напр. $^{68}/_{145}$ $^{70}/_{397}$ и др.). При составленіи уголовнаго уложенія, мы прилагали все стараніе избѣжать этого недостатка, отдавая предпочтеніе точности языка предъ его легкостью. Правда, это вызвало порицаніе многихъ, упрекъ въ тяжеловѣсности слога, въ трудности чтенія, но къ этому упреку мы готовились и онъ не представлялся намъ существеннымъ, если только будущіе практики въ этой точности найдутъ опору для толкованія и твердаго примѣненія закона.

Въ связи съ только что указаннымъ пріемомъ толкованія стоитъ вопросъ о разъясненіи употребляемыхъ въ законѣ терминовъ, съ точки зрѣнія ихъ историческаго значенія. Каждый терминъ долженъ быть понимаемъ въ томъ смыслѣ и значеніи, которые онъ имѣлъ въ моментъ составленія закона; въ особенности это важно по отношенію къ тѣмъ законамъ, которыхъ текстъ

восходитъ къ эпохамъ, давно минувшимъ, какъ, напр., къ эпохѣ уложенія царя Алексѣя Михайловича. Конечно, въ уголовномъ уложеніи такое историческое измѣненіе значенія общихъ словъ представляется почти немыслимымъ, въ виду его недавняго появленія; но тѣмъ не менѣе и по уложенію этотъ пріемъ можетъ имѣть значеніе въ тѣхъ случаяхъ, когда, напр., измѣнившіяся въ другихъ частяхъ законодательства наименованія мѣстъ, учрежденій, областей, по оплошности редакторовъ продолженія, или по иной причинѣ, не выразились въ соотвѣтственномъ измѣненіи текста статей уложенія; тогда мы должны обратиться къ значенію, которое имѣло это наименованіе установленія, мѣстности и т. п. въ моментъ изданія закона, затѣмъ опредѣлить, какому новому наименованію соотвѣтствуетъ это старое, и, слѣдовательно, путемъ толкованія допустить соотвѣтственное измѣненіе текста. Въ разъясненіе этого положенія можно привести примѣръ изъ нашего недавняго прошлаго. Такъ, въ ст. 1010 и 1038 уложенія о наказ., до продолженія 1883 г., говорилось о неувѣдомленіи въ столицахъ—въ первой статьѣ, канцеляріи генералъ-губернатора, а во второй, самого генералъ-губернатора объ измѣненіи въ числѣ и размѣрѣ скоропечатныхъ станковъ и машинъ, между тѣмъ, какъ въ Петербургѣ обязанность надзора по сему предмету была еще съ 1873 г. возложена на градоначальника; очевидно, что, по вышеуказанному пріему толкованія, текстъ, напр., ст. 1010 и до изданія продолженія 1883 г. долженъ былъ читаться такъ: «за неувѣдомленіе въ С.-Петербургѣ канцеляріи градоначальника».

Рядомъ съ толкованіемъ закона по его тексту, стоитъ разъясненіе его смысла по соотношенію разъясняемаго положенія съ другими постановленіями закона уголовнаго, или съ институтами и постановленіями другихъ частей законодательства, или даже съ общими началами и принципами права,—такъ называемое, толкованіе логическое. Мы не можемъ, напр., уразумѣть постановленій о лжесвидѣтельствѣ, не сопоставляя статей уложенія съ законами процессуальными, постановленій о банкротствѣ—безъ сравненія съ уставомъ торговымъ.

Логическое толкованіе можетъ выражаться въ сопоставленіи разъясняемаго положенія съ другими или съ ихъ внѣшней, формальной стороны,—такъ называемое, систематическое толкованіе, или со стороны внутренней,—толкованіе логическое въ тѣсномъ смыслѣ.

Толкованіе систематическое стало, конечно, возможно въ законодательствахъ новѣйшей формаціи, въ которыхъ отдѣльные законы систематизируются въ видѣ сводовъ или уложеній, съ ихъ раздѣленіемъ на отдѣлы, главы и т. п. При такомъ распредѣленіи статей, опредѣленіе ихъ смысла и значенія весьма часто можетъ зависѣть отъ того мѣста, которое имъ отведено въ кодексѣ. Примѣровъ такого толкованія можно было найти весьма много въ примѣненіи къ уложенію 1845. Такъ, ст. 1606, опредѣляя отвѣтственность за поджогъ съ умысломъ какого либо обитаемаго зданія, не указывала, относится ли это постановленіе къ поджогу чужихъ или и собственныхъ зданій, но такъ какъ эта статья была помѣщена въ главѣ второй XII раздѣла, озаглавленной: «о истребленіи и поврежденіи чужаго имущества», то комментаторы и разъясняли, что родовой признакъ «чужаго», указанный въ заголовкѣ, относится

ко всѣмъ статьямъ этой главы, если въ нихъ не сдѣлана оговорка въ этомъ смыслѣ, а потому къ поджогу собственнаго обитаемаго зданія должна быть примѣнена 2 ч. ст. 1612, а не ст. 1606; другой примѣръ: покушеніе на поджогъ и приготовленіе къ нему были предусмотрѣны спеціально въ ст. 1610 и 1611; но, при рѣшеніи вопроса о томъ, относятся ли эти постановленія ко всѣмъ видамъ поджога, предусмотрѣннымъ въ главѣ о зажигательствѣ, или только къ нѣкоторымъ, нельзя было не принять во вниманіе, что такъ какъ эти статьи помѣщены не въ концѣ главы, а въ серединѣ, вслѣдъ за ст. 1606—1609, трактующими о тягчайшихъ случаяхъ поджога, то изъ самаго мѣста, занимаемаго ст. 1610 и 1611 среди постановленій о поджогѣ, слѣдовало сдѣлать заключеніе, что онѣ относятся только къ поджогу, предусмотрѣнному ст. 1606—1609. Въ первомъ примѣрѣ толкованіе основывалось на размѣщеніи уголовныхъ постановленій по главамъ, во второмъ—на размѣщеніи статей въ предѣлахъ одной и той же главы.

Въ дѣйствующемъ уложеніи устранено схематическое построеніе раздѣловъ и главъ; самое заглавіе ихъ, большею частью, указываетъ только на общее содержаніе относимыхъ въ главу постановленій, не заключая въ себѣ какихъ либо указаній на ихъ составъ, но, тѣмъ не менѣе, и въ немъ постановленія размѣщены по началу однородности и потому сопоставленіе послѣдовательно идущихъ статей несомнѣнно можетъ служить подспорьемъ для ихъ разъясненія.

При толкованіи логическомъ въ тѣсномъ смыслѣ, эти выводы дѣлаются изъ сопоставленія статей по ихъ внутреннему взаимоотношенію, по ихъ юридической конструкціи. Случаи такого толкованія крайне разнообразны и, только въ видѣ примѣра, можно указать на нѣкоторые изъ нихъ [1]). Такъ, если извѣстное положеніе поставлено, какъ исключеніе изъ общаго правила, то такое исключительное положеніе всегда толкуется ограничительно, а если возникаетъ сомнѣніе о томъ, должно ли быть примѣняемо общее правило или исключеніе, то это сомнѣніе всегда толкуется въ пользу примѣненія общаго правила; въ такомъ же положеніи стоитъ законъ спеціальный къ закону общему. Къ этому же виду толкованія относится разсмотрѣнное выше правило, что законъ позднѣйшій отмѣняетъ законъ прежній, относящійся къ тому же юридическому положенію, хотя бы при кодификаціи, по какимъ либо соображеніямъ, старый законъ или старая редакція закона были удержаны и при новомъ изданіи уложенія. Далѣе, таково же весьма часто примѣняемое положеніе, что единство основаній закона (ratio legis) даетъ право заключать и о единствѣ послѣдствій, или, такъ называемое, толкованіе по сходству и т. д.

Совершенно иной родъ толкованія составляетъ разъясненіе закона на основаніи данныхъ и соображеній, внѣ закона лежащихъ.

Сюда относится, прежде всего, разъясненіе закона изъ его прошлаго, изъ условій его развитія, или, такъ называемое, толкованіе историческое. Если установленная закономъ норма не относится къ числу вновь возникающихъ, если законъ является только видоизмѣненіемъ текста закона прежняго, то, для

---

1) Примѣры изъ практики нашего Сената приведены въ моемъ изданіи уложенія подъ ст. 147, тезисы 32 и сл. Ср. Лихтенштадтъ, Логическое толкованіе законовъ, Ж. Г. У. Пр. 1893 № 7.

выясненія смысла новаго закона, весьма существенную помощь можетъ оказать сопоставленіе новаго и стараго текста, указаніе признаковъ ихъ сходства и различія; такое противопоставленіе весьма часто можетъ выяснить то, что хотѣлъ сказать законодатель новымъ текстомъ, почему и, слѣдовательно, въ чемъ онъ измѣнилъ прежній. Но, конечно, и при этомъ пріемѣ толкованія, нужно имѣть въ виду, что можетъ быть выяснено только то, что нашло выраженіе въ текстѣ новаго закона; одно, хотя бы и офиціальное, указаніе на то, что такая-то статья замѣнила слѣдующую прежнюю статью, не можетъ служить достаточнымъ основаніемъ для признанія того, что содержаніе статьи замѣненной вошло цѣликомъ въ текстъ статьи замѣнившей, если, напр., конструкція новой статьи такова, что исключаетъ возможность установленія соотношенія между ними: подобное указаніе есть только вспомогательное средство для разъясненія новаго закона, но не законъ.

Еще съ большею осторожностью нужно относиться къ общему развитію законодательства, къ послѣдовательному его измѣненію, такъ какъ не надо забывать, что разъясняемый законъ есть самостоятельное выраженіе воли авторитетной власти, опирающееся прежде всего на самого себя и только поясняемое, а не замѣняемое прошедшимъ. По родителямъ не всегда можно судить о дѣтяхъ, а еще опаснѣе при оцѣнкѣ лица опираться на генеалогію.

Другимъ пріемомъ таковаго же толкованія является разъясненіе текста на основаніи мнѣній его составителей, напр., по отношенію къ дѣйствующему уложенію, на объяснительной запискѣ редакціонной комиссіи, на журналахъ совѣщанія при Министерствѣ Юстиціи, на журналахъ особаго совѣщанія при Государственномъ Совѣтѣ, департаментовъ и общаго собранія Государственнаго Совѣта. Нѣтъ никакого сомнѣнія, что эти матеріалы составляютъ драгоцѣннѣйшее пособіе для разъясненія закона [1]), почему Высочайшее повелѣніе 11 Іюня 1885 г., коимъ предоставлено вносить въ полное собраніе законы вмѣстѣ съ соображеніями, послужившими имъ основаніемъ, имѣетъ огромную практическую важность [2]); но, конечно, и этотъ матеріалъ имѣетъ только вспомогательное значеніе: всякій примѣнитель закона долженъ помнить, что санкціонированъ только текстъ закона, а не мотивы, что, слѣдовательно, мотивы могутъ имѣть значеніе лишь настолько, насколько они нашли выраженіе въ текстѣ [3]).

Наконецъ, кромѣ соображеній, взятыхъ изъ прошлаго закона, законъ можетъ быть разъясняемъ соображеніями, взятыми, такъ сказать, изъ будущаго, изъ тѣхъ практическихъ послѣдствій, которыя съ необходимостью вытекаютъ

---

1) Такъ, Сенатъ, въ рѣшеніяхъ по дѣлу Сергѣевой 69/101 и Хитрова 69/117, высказалъ, что для разъясненія статей уложенія важное значеніе должны имѣть тѣ постановленія и мотивы, на которыхъ основывается та или другая статья и которые указаны, напр., въ проектѣ уложенія.

2) Ст. 139 учр. Госуд. Совѣта 1901 г. говоритъ: Государственному Секретарю, съ разрѣшенія Предсѣдателя Государственнаго Совѣта и по соглашеніи съ подлежащими вѣдомствами, предоставляется издавать отдѣльныя законоположенія съ изложеніемъ ранѣе не опубликованныхъ разсужденій, на коихъ они основаны, а также дозволять такого рода изданія.

3) Ср. по этому вопросу, въ особенности, указанную выше статью Schaffrath; изъ новыхъ криминалистовъ сильнымъ противникомъ толкованія посредствомъ мотивовъ является Биндингъ.

изъ приданія закону даннаго смысла [1]). Таково, въ особенности, толкованіе ad absurdum, т. е. указаніе, что разъясненіе закона въ извѣстномъ смыслѣ, съ необходимостью, приведетъ или къ логической нелѣпости или къ физической невозможности исполненія закона, или, наконецъ, къ невозможности юридической,—указаніе на то, что, благодаря такому толкованію, данное постановленіе станетъ въ полное и неразрѣшимое противорѣчіе съ другими постановленіями права, въ особенности съ другими постановленіями законовъ уголовныхъ. Но и въ этомъ отношеніи нельзя не предостеречь противъ злоупотребленія этимъ пріемомъ: во-первыхъ, указаніе на абсурдность извѣстнаго правила, по необходимости, очень часто имѣетъ не объективную, а исключительно субъективную окраску, личное усмотрѣніе указывающаго, а во-вторыхъ, по большей части такое указаніе можетъ имѣть значеніе только для ограниченія объема и пространства дѣйствія закона, но вовсе не служитъ къ ниспроверженію пониманія закона въ извѣстномъ, иногда единственно возможномъ, смыслѣ.

44. Разъясняя смыслъ закона вышеприведенными пріемами и средствами, примѣнитель закона можетъ придти къ двоякаго рода выводамъ: или онъ найдетъ, что мысль законодателя и ея выраженіе въ законѣ вполнѣ соотвѣтствуютъ другъ другу, или что такого соотвѣтствія не существуетъ, что хотя мысль законодателя и нашла выраженіе въ словѣ закона, но вмѣстѣ съ тѣмъ въ этой оболочкѣ есть придатки, не имѣющіе значенія для правильнаго функціонированія закона, даже затрудняющіе его пониманіе, или, наоборотъ, что употребленныя законодателемъ выраженія представляются не достаточно полными; другими словами,—что изложеніе закона вполнѣ ясно, или что, благодаря этому несоотвѣтствію, онъ теменъ, возбуждаетъ сомнѣнія.

Въ первомъ случаѣ судъ долженъ примѣнять законъ буквально, а во второмъ—онъ долженъ разъяснить возникшее сомнѣніе и, если представляется необходимымъ, дать тексту чтеніе, согласное съ мыслью. Въ послѣднемъ случаѣ онъ или ограничиваетъ текстъ и даетъ рестриктивное или ограничительное толкованіе закону, или, наоборотъ, расширяетъ его и даетъ закону толкованіе экстенсивное или распространительное.

Въ практикѣ уголовнаго кассаціоннаго департамента можно указать много примѣровъ такого толкованія.

Такъ, ст. 270 уложенія говорила объ отвѣтственности за сопротивленіе, «когда оно будетъ оказано не многими, а лишь двумя или тремя виновными, или даже и однимъ, но съ оружіемъ и съ употребленіемъ какого либо съ его стороны насилія»; по тексту закона, ограничительныя условія, а именно наличность оружія и насилія, относятся только къ случаямъ учиненія сопротивленія однимъ лицомъ, такъ что, по буквѣ закона, подъ ст. 270 можетъ быть подведено всякое сопротивленіе, оказанное двумя или тремя лицами; но Сенатъ, въ рѣшеніи по дѣлу Пачковскаго ($^{85}/_{11}$), на основаніи смысла закона, выводимаго имъ изъ сопоставленія статьи 270 съ другими постановленіями о возстаніи, нашелъ, что оба ограничительныя условія относятся и къ случаямъ

[1]) Такъ, Сенатъ, въ рѣшеніи по дѣлу Маурина $^{68}/_{145}$, высказалъ, что толкованіе закона приводящее къ противорѣчію или къ несогласію съ общею системою законовъ, не должно быть терпимо.

сопротивленія, оказаннаго нѣсколькими лицами, и, такимъ образомъ, исключилъ возможность примѣненія статьи 270 къ случаямъ сопротивленія, оказаннаго нѣсколькими невооруженными лицами, безъ насилія, и, слѣдовательно, далъ ей ограничительное толкованіе.

Другой примѣръ: статья 571, говоря о поддѣлкѣ кредитныхъ билетовъ, установляла отвѣтственность въ пунктѣ 1-мъ «за поддѣлку самой бумаги и рисунковъ механическими средствами», а въ пунктѣ 2-мъ—«за поддѣлку означенныхъ бумагъ на простой бумагѣ посредствомъ рисованія»; такимъ образомъ, ни тѣмъ, ни другимъ пунктомъ не предусматривалась поддѣлка билетовъ на простой бумагѣ, но механическими средствами, или на механически поддѣланной бумагѣ, но отъ руки. Сенатъ ($^{67}/_{406}$, Шомбергъ-Колонтая и др.) нашелъ, что, при опредѣленіи постепенности наказаній за поддѣлку государственныхъ кредитныхъ бумагъ, законъ принимаетъ въ соображеніе большую или меньшую степень искусства въ поддѣлкѣ и степень опасности, которой подвергается государственный кредитъ въ силу такой поддѣлки, и что, на этомъ основаніи, способъ поддѣлки рисунка имѣетъ преимущественное значеніе, потому что отъ большей или меньшей скорости выполненія и степени совершенства въ изображеніи на каждомъ листѣ рисунка зависитъ, съ одной стороны, возможность заготовленія большаго количества фальшивыхъ билетовъ, а съ другой, большая вѣроятность удобнаго и безнаказаннаго сбыта ихъ, а потому Сенатъ помѣщенному въ первомъ пунктѣ выраженію «за поддѣлку самой бумаги» не придалъ никакого значенія и подвелъ подъ первый пунктъ и поддѣлку на простой бумагѣ механическими средствами, т. е. далъ ст. 571 распространительное толкованіе.

Чѣмъ общнѣе постановленія закона по ихъ конструкціи, тѣмъ чаще встрѣчается толкованіе рестриктивное, и, наоборотъ, чѣмъ казуистичнѣе является редакція статей закона, тѣмъ необходимѣе толкованіе распространительное; оттого и понятно, что въ практикѣ нашего Сената наиболѣе часто встрѣчаются примѣры толкованія послѣдняго рода, т. е. подведеніе подъ данную статью случаевъ, объемлемыхъ ею по разуму, а не по буквѣ закона (ex sententia legis).

Несомнѣнно, что оба способа чтенія текста закона равноправны и если въ рѣшеніяхъ уголовнаго кассаціоннаго департамента нерѣдко встрѣчаются выраженія, что распространительное толкованіе законовъ уголовныхъ во вредъ подсудимаго не должно быть допустимо ($^{78}/_{301}$, $^{72}/_{1328}$, $^{68}/_{625}$ и др.), то это положеніе можно понимать развѣ въ томъ смыслѣ, что посредствомъ распространительнаго толкованія текста какой либо статьи нельзя подводить подъ нее дѣянія, прямо невоспрещенныя закономъ уголовнымъ, хотя и отъ этого положенія самъ же Сенатъ дѣлалъ крупныя отступленія по дѣламъ о шантажѣ, о любострастныхъ дѣяніяхъ и т. п.

Конечно, при такомъ несоотвѣтствіи формы закона съ его мыслію, вполнѣ возможны и такіе случаи, когда данный текстъ закона можетъ съ одинаковымъ правомъ быть разъясненъ въ двухъ или даже и болѣе смыслахъ. При разрѣшеніи подобныхъ сомнѣній, равно какъ и при разрѣшеніи противорѣчій, встрѣчающихся въ законахъ, право уголовное выработало нѣсколько положеній, аналогичныхъ, впрочемъ, и съ принципами права гражданскаго;

таково, во-1-хъ, положеніе, что, въ случаѣ сомнѣнія, долженъ быть примѣняемъ законъ, наиболѣе снисходительный къ подсудимому—in poenalibus causis benignius interpretandum est; in dubiis—mitius. Это начало усвоено и практикою нашего Сената, признавшаго, что всякое сомнѣніе должно быть истолковано не иначе, какъ въ пользу подсудимаго, и въ смыслѣ, для него наиболѣе благопріятномъ ($^{69}/_{83}$, Галача и др.), что никакое обстоятельство, увеличивающее степень виновности подсудимаго, не должно быть предполагаемо ($^{71}/_{1123}$, Рожнова); во-2-хъ, положеніе, что въ случаяхъ сомнительныхъ судъ долженъ слѣдовать общимъ началамъ права и толковать сомнѣніе въ пользу признанной закономъ охраны основныхъ началъ гражданскаго быта, каковы: свобода, правоспособность каждаго человѣка, охраненіе брака, собственности, ненарушимости договоровъ и т. п. [1]).

45. Право толковать законы принадлежитъ, конечно, какъ лицамъ частнымъ, такъ и государственнымъ установленіямъ и органамъ, причемъ въ прямой связи съ источникомъ толкованія стоитъ и вопросъ объ обязательности толкованія [2]).

Толкованіе можетъ быть легальное или аутентическое, т. е. исходящее отъ самой законодательной власти. Какъ говоритъ статья 55 законовъ основныхъ, изъясненія закона, коими опредѣляется истинный его разумъ, могутъ быть излагаемы по словеснымъ Высочайшимъ повелѣніямъ, въ видѣ указовъ, объявляемыхъ мѣстами и лицами, отъ Верховной власти къ сему уполномоченными, причемъ, по силѣ п. 3 ст. 31 учр. гос. сов., дѣла о такомъ разъясненіи предварительно поступаютъ на разсмотрѣніе Государственнаго Совѣта и, согласно ст. 69 учрежденія, представляются непосредственно изъ департаментовъ на Высочайшее усмотрѣніе. Такое разъясненіе, конечно, какъ и законъ, имѣетъ обязательную силу для всѣхъ и каждаго и, за силою ст. 61 зак. основныхъ, будучи только подтвержденіемъ и изъясненіемъ смысла закона прежняго, получаетъ обратную силу, хотя нельзя при этомъ не прибавить, что, по самымъ условіямъ своего возникновенія, это толкованіе рѣзко отличается отъ всѣхъ иныхъ, такъ какъ законодатель вовсе не стѣсненъ тѣми пріемами и способами, которые составляютъ необходимое условіе всякаго иного толкованія.

Другой видъ толкованія представляетъ толкованіе судебное. Какъ показываетъ исторія, не только вопросъ о силѣ и значеніи судебнаго толкованія, но и вопросъ о самомъ правѣ суда толковать законъ разрѣшались крайне разнообразно [3]). Была эпоха, и именно XVII столѣтіе и первая половина XVIII,

---

1) См. для гражданскаго права, К. Малышевъ, Курсъ, стр. 297.

2) Въ представленіи гр. Сперанскаго въ Государственный Совѣтъ отъ 29 Августа 1834 г. сказано: отдѣльное поясненіе закона всегда есть слѣдствіе возникшихъ сомнѣній или средство къ предупрежденію ихъ. Четыре есть вида таковыхъ поясненій: 1) частное разрѣшеніе отъ начальства тому мѣсту или лицу, гдѣ сомнѣніе возникло; 2) циркулярное разъясненіе отъ министровъ и главноуправляющихъ мѣстамъ и лицамъ, имъ подвѣдомственнымъ; 3) разрѣшеніе сомнѣній отъ Сената или Сенатомъ утвержденное; 4) разрѣшеніе, Верховною властью утвержденное. Изъ сихъ четырехъ видовъ одинъ послѣдній есть законъ; третій занимаетъ мѣсто закона, если поясненіе закону непротивно; второй и первый видъ имѣютъ также силу исполнительную, но въ предѣлахъ, особенно закономъ для сего установленныхъ.

3) А. Градовскій, О судебномъ толкованіи законовъ по русскому праву, въ Ж. Г. У. Пр. 1874 г., № 1; Кистяковскій, §§ 96 и сл.

когда во всей Европѣ судебное толкованіе стояло не только наравнѣ съ закономъ, но и первенствовало надъ нимъ, когда наказанія, несоотвѣтствовавшія гуманнымъ стремленіямъ эпохи, замѣнялись иными путемъ судебной практики, когда тѣмъ же путемъ измѣнялся и ограничивался объемъ преступныхъ дѣяній и т. д.

Этотъ полный произволъ суда вызвалъ противъ себя не менѣе сильную реакцію въ концѣ XVIII и началѣ XIX столѣтій, реакцію, пытавшуюся даже вовсе отнять у суда право толкованія: была уже указана попытка баварскаго законодателя 1813 г. воспретить какъ въ судѣ, такъ даже и съ университетской кафедры, какія либо истолкованія уложенія 1813 г. въ иномъ смыслѣ, кромѣ указаннаго въ офиціальныхъ къ нему примѣчаніяхъ.

Наиболѣе рѣзкій выразитель этого направленія, Беккаріа, въ своихъ замѣчаніяхъ о толкованіи законовъ, говоритъ: власть толковать законы не можетъ принадлежать судьямъ по тому соображенію, что они не законодатели. Кто же долженъ быть законнымъ толкователемъ закона? Государь, т. е. выразитель верховной воли общества, или судья, коего обязанность состоитъ только въ томъ, чтобы изслѣдовать, совершило или нѣтъ частное лицо дѣйствіе, противное законамъ? Нѣтъ ничего опаснѣе общей аксіомы, что нужно руководствоваться духомъ закона. Каждый человѣкъ имѣетъ свой способъ воззрѣнія и даже одинъ и тотъ же человѣкъ въ разныя времена смотритъ различно на одни и тѣ же предметы. Слѣдовательно, духъ закона будетъ результатомъ правильнаго или неправильнаго разсужденія судьи, легкаго или труднаго сваренія его желудка, слабости обвиняемаго, силы судейскихъ страстей, его сношеній съ оскорбленнымъ, наконецъ, всѣхъ малыхъ причинъ, которыя искажаютъ видимость и искажаютъ предметы въ непостоянномъ умѣ человѣка. Такимъ образомъ, мы увидимъ тѣ же самыя преступленія наказываемыми различно въ различныя времена однимъ и тѣмъ же судомъ, потому что вмѣсто того, чтобы слѣдовать постоянному и неизмѣнному гласу законовъ, судья увлекается обманчивымъ непостоянствомъ произвольныхъ толкованій. При существованіи законовъ, точно и твердо опредѣленныхъ, каждый гражданинъ можетъ точно разсчитать неудобство дурнаго дѣянія, а это полезно, потому что это знаніе можетъ отвратить его отъ преступленія. Онъ будетъ пользоваться въ безопасности своею свободою и своимъ имуществомъ, а это справедливо, потому что въ этомъ состоитъ цѣль соединенія людей въ обществѣ.

Мысли Беккаріа, какъ извѣстно, почти дословно были воспроизведены Императрицею Екатериною II въ ея наказѣ (гл. X, о обрядѣ криминальнаго суда, ст. 151 и сл.), а затѣмъ вошли въ отдѣльные указы частью Екатерины II, а частью Александра I, и этимъ путемъ перенесены въ сводъ законовъ, въ наши основные законы[1]). Ст. 65 постановляетъ: законы должны быть исполняемы по точному и буквальному смыслу оныхъ, безъ всякаго измѣненія или распространенія. Всѣ безъ изъятія мѣста, не исключая и высшихъ правительствъ, во всякомъ случаѣ должны утверждать опредѣленія свои на точныхъ словахъ закона, не перемѣняя въ нихъ, безъ доклада Императорскому Величеству, ни единой буквы и не допуская обманчиваго непостоянства само-

[1]) См. подробныя историческія данныя въ указанной выше статьѣ А. Градовскаго.

произвольныхъ толкованій. Ст. 52 къ этому добавляетъ, что, въ случаѣ неясности или недостатка существующихъ законовъ, всякое мѣсто и правительство имѣютъ право и обязанность представить о томъ своему начальству, и если сомнѣніе не разрѣшается прямымъ смысломъ закона, то начальство обязано представить Сенату или министерству по принадлежности. Тѣ же начала съ еще большею опредѣлительностью выражены въ ст. 200—202 учр. прав. сената. Но уже и въ основныхъ законахъ этотъ принципъ не былъ проведенъ послѣдовательно, такъ какъ 2-я часть ст. 65 говорила: «но если-бы гдѣ-либо по различію буквальнаго смысла узаконеній встрѣтилось затрудненіе въ избраніи и приложеніи закона къ разсматриваемому дѣлу, въ такомъ случаѣ, по невозможности согласить буквальный смыслъ одного закона съ таковымъ же другаго, самая необходимость предписываетъ, особенно въ высшихъ мѣстахъ, слѣдовать общему духу законодательства и держаться смысла, наиболѣе оному соотвѣтствующаго».

Съ изданіемъ судебныхъ уставовъ, вопросъ о правѣ суда толковать законы сдѣлался уже безспорнымъ, въ силу ст. 9 и 10 уст. гражд. судопр. и ст. 12 и 13 уст. угол. судопр. Статья 12 постановляетъ: «всѣ судебныя постановленія обязаны рѣшать дѣла по точному разуму существующихъ законовъ, а въ случаѣ неполноты, неясности или противорѣчія законовъ, коими судимое дѣяніе воспрещается подъ страхомъ наказанія, должны основывать рѣшеніе на общемъ смыслѣ законовъ». Такимъ образомъ, нынѣ толкованіе стало не только правомъ, но обязанностью для судьи, такъ что остановка дѣла, подъ предлогомъ неясности, противорѣчія или неполноты закона, влечетъ, по силѣ ст. 13, отвѣтственность.

Конечно, всякое толкованіе судебное имѣетъ полную силу и значеніе по тому дѣлу, по коему оно состоялось; но распространяется ли его сила и на будущія рѣшенія того же суда или другихъ мѣстъ и установленій? Какъ справедливо замѣчаетъ въ своей статьѣ (стр. 37) пр. Градовскій, «юридическая природа судебнаго рѣшенія опредѣляется тѣмъ, что оно содержитъ въ себѣ примѣненіе общаго закона къ отдѣльному случаю. Поэтому сила его исчерпывается его примѣненіемъ къ дѣлу, по которому оно состоялось; способъ разрѣшенія дѣла, принятый судомъ въ данномъ случаѣ, не обязываетъ юридически другой судъ, или даже тотъ же самый судъ по другому однородному дѣлу держаться того же способа. Это нисколько не говоритъ противъ необходимости единообразнаго примѣненія законовъ судами, причемъ главнымъ руководящимъ началомъ являются прецеденты, т. е. рѣшенія судовъ, прежде состоявшіяся по дѣламъ однороднымъ. Здравыя начала справедливости и общественной нравственности требуютъ, чтобы къ каждому случаю, подлежащему разсмотрѣнію суда, общій законъ былъ примѣненъ въ томъ же смыслѣ, въ какомъ онъ былъ уже примѣненъ къ другому однородному дѣлу; каждый тяжущійся имѣетъ право ожидать, что его дѣло будетъ разрѣшено судомъ такъ же, какъ уже разрѣшено было другое, представлявшее однородныя обстоятельства.... Но, признавая вполнѣ значеніе прецедента, нельзя не видѣть, что это значеніе—фактическое, обычное, нравственное, но никакъ не юридическое. Сообщить обязательную юридическую силу прецеденту значило бы связать свободу судейскаго рѣшенія, необходимую въ виду индиви-

дуальнаго разнообразія отдѣльныхъ случаевъ, и уничтожить возможность реакціи противъ невѣрнаго истолкованія закона въ томъ или другомъ дѣлѣ, реакціи противъ дурныхъ прецедентовъ». Эти соображенія, конечно, относятся одинаково къ толкованію какъ низшихъ, такъ и высшихъ судебныхъ мѣстъ, какъ это, между прочимъ, изъяснено и въ ст. 69 законовъ основныхъ, говорящей вообще, что судебныя рѣшенія не могутъ быть признаваемы закономъ общимъ, для всѣхъ обязательнымъ, ниже служить основаніемъ окончательныхъ рѣшеній по дѣламъ подобнымъ.

Но наша судебная практика нѣсколько иначе отнеслась къ этому вопросу. Такъ, уже старый Сенатъ [1]) въ своихъ рѣшеніяхъ нерѣдко дѣлалъ замѣчанія подчиненнымъ мѣстамъ по поводу толкованія законовъ, ложно понятыхъ низшими инстанціями, и, какъ инстанція, имѣвшая право высшаго надзора, нерѣдко требовалъ подчиненія дѣлаемымъ имъ изъясненіямъ точнаго смысла законовъ.

Точно также и Государственный Совѣтъ, какъ судебная инстанція, призналъ, что даваемыя имъ по нѣкоторымъ частнымъ дѣламъ разъясненія закона должны быть почитаемы обязательными для будущаго примѣненія закона. Такъ, въ Высочайше утвержденномъ, 9 Декабря 1849 г., мнѣніи Государственнаго Совѣта по дѣлу Сивцевыхъ было выражено, что «эти соображенія, какъ основанныя на точной силѣ постановленій уложенія о наказаніяхъ и вполнѣ соотвѣтствующія цѣли и разуму оныхъ, поставить въ виду всѣхъ мѣстъ и лицъ, разсматривающихъ уголовныя дѣла, для руководства на будущее время, не издавая, впрочемъ, никакого дополненія къ существующимъ постановленіямъ въ порядкѣ законодательномъ, такъ какъ соображенія тѣ не содержатъ въ себѣ ничего новаго, но только указываютъ и объясняютъ примѣрами образъ примѣненія дѣйствующаго закона къ могущимъ встрѣтиться въ юридической практикѣ случаямъ».

На эту же точку зрѣнія сталъ и уголовный кассаціонный департаментъ Сената, разъясняя неоднократно (относительно дѣлъ уголовныхъ, начиная съ 1868 г.), что даваемое имъ толкованіе закона обязательно для всѣхъ судебныхъ мѣстъ имперіи [2]), а въ случаѣ неподчиненія таковому толкованію, или въ случаѣ игнорированія его судомъ, нерѣдко дѣлая замѣчанія всему составу присутствія [3]).

Практика Сената основывается на двухъ статьяхъ устава уголовнаго судопроизводства—930 и 933. Статья 930 гласитъ, что судъ, въ который обращено дѣло для новаго рѣшенія, обязанъ, въ изъясненіи точнаго разума закона, подчиняться сужденіямъ Правительствующаго Сената; жалобы противъ постановленнаго на семъ основаніи рѣшенія не допускаются. Но, какъ свидѣтельствуетъ и самый текстъ, ст. 930 говоритъ только объ обязательности

---

[1]) См. примѣры въ статьѣ А. Градовскаго, стр. 44 и сл.

[2]) 67/433, Фроловыхъ, 69/142, о порубкѣ въ Макарьевской дачѣ.

[3]) Ср. подробный разборъ этого вопроса въ статьѣ пр. Градовскаго; фонъ-Резонъ, О силѣ кассаціонныхъ рѣшеній, въ Судебн. Журн. 1873 г., №№ 7 и 8.

толкованія по данному дѣлу и ни въ какомъ случаѣ не указываетъ на общую обязательность сенатскихъ рѣшеній.

Болѣе, повидимому, значенія имѣетъ статья 933, на основаніи коей всѣ рѣшенія и опредѣленія кассаціоннаго департамента, которыми разъясняется точный смыслъ законовъ, публикуются во всеобщее свѣдѣніе для руководства къ единообразному истолкованію и примѣненію оныхъ.

Но и это постановленіе не говоритъ, чтобы разъясненія Сената были юридически обязательны; исходя отъ учрежденія, такъ высоко поставленнаго въ судебной іерархіи, эти разъясненія несомнѣнно могутъ и должны имѣть сильное вліяніе на практику, но это будетъ вліяніе нравственное, а не юридическое. Да и практически возводить въ принципъ юридическую обязательность всякаго толкованія Сената для всѣхъ судебныхъ мѣстъ при разрѣшеніи однородныхъ вопросовъ представляется неосуществимымъ. Какъ поступить въ случаѣ различія, а иногда и противорѣчія въ послѣдовательно данныхъ кассаціонными департаментами рѣшеніяхъ, а съ введеніемъ въ 1877 г. отдѣленій, съ противорѣчіями иногда почти одновременными? [1]).

Вмѣстѣ съ тѣмъ нельзя забывать, что и до реформы 1877 г. публиковались далеко не всѣ рѣшенія Сената, а развѣ только $^1/_{20}$ или $^1/_{10}$ ихъ часть, а послѣ реформы даже и по уставу уголовнаго судопроизводства публикуются только опредѣленія департамента, а на практикѣ и изъ нихъ не всѣ; въ виду этого, защитники противоположнаго воззрѣнія должны признать, что юридическая обязательность сенатскаго толкованія заключается не въ природѣ самаго судеб-

---

[1]) Указывая на эти противорѣчія, я не могу не коснуться ихъ значенія и въ особенности основанныхъ на нихъ аргументовъ о желательности упраздненія самаго кассаціоннаго производства, въ виду явной будто бы непригодности его служить къ установленію единства практики. Несомнѣнно, что въ многотысячныхъ рѣшеніяхъ Сената можно встрѣтить противорѣчія, отступленія, измѣненія и даже весьма коренныя, хотя и не богъ знаетъ въ какомъ %, но тѣмъ не менѣе этотъ укоръ не имѣетъ серьезнаго значенія и не потому, что не ошибается только тотъ, кто ничего не дѣлаетъ, и не потому только, что нашъ кассаціонный департаментъ, при томъ же численномъ составѣ, какъ германскій Reichsgericht или французскій cour de cassation, рѣшаетъ въ годъ не сотню, или maximum тысячу дѣлъ, а многія тысячи и даже десятки тысячъ (по даннымъ Н. Н. Шрейбера къ тридцатипятилѣтію кассаціонныхъ департаментовъ, уголовный департаментъ разрѣшилъ съ 1866 по 1901 г.— 268,108 дѣлъ и напечаталъ 12006 опредѣленій), но и по самому существу закона, условій и способовъ толкованія правовыхъ нормъ, въ немъ выраженныхъ, при кассаціонномъ разсмотрѣніи дѣла. Всякій законъ ясенъ и его примѣненіе просто для того, кто читаетъ законъ на манеръ гоголевскаго Петрушки; разъ усвоенное пониманіе закона непоколебимо у того, кто, какъ прокуроръ того же Гоголя, своимъ умомъ дошелъ до всего, даже до сотворенія міра; непричастный къ наукѣ права или, съ полученіемъ диплома, немедля стряхнувшій прахъ школьнаго знанія съ летящихъ въ высь судебной іерархіи сандалій, всегда довлѣетъ самъ себѣ; но кто вкусилъ плодовъ древа юридической науки, сдѣлался хотя бы пассивнымъ сопричастникомъ работамъ юридическаго творчества, тотъ знаетъ, что въ наукѣ мало рецептовъ, годныхъ къ немедленному употребленію противъ всякаго заболѣванія, что она живетъ и движется и на этомъ движеніи основываетъ свою силу. Къ этимъ общимъ условіямъ развитія научнаго толкованія права, дѣлающимъ понятнымъ измѣненіе правовоззрѣній, присоединяются особенности кассаціонной практики: жизнь хитрая механика; разсматриваемый по кассаціонной жалобѣ или протесту отдѣльный случай часто затрогиваетъ только часть, и иногда второстепенную, большаго вопроса, приподымаетъ лишь край завѣсы, скрывающей цѣлый институтъ, а затѣмъ ,позднѣе, этотъ вопросъ, это ученіе, на которое иногда есть только намекъ въ законѣ, встаетъ во весь ростъ, дастъ возможность понять и уразумѣть его только при второмъ, третьемъ, а иногда и при десятомъ разсмотрѣніи случаевъ того же рода.

наго рѣшенія, а въ усмотрѣніи первоприсутствующаго или разрѣшеніи департамента, предназначающихъ къ печатанію то или другое изъ состоявшихся опредѣленій. Высказываютъ опасеніе, что съ принятіемъ воззрѣнія о необязательности сенатскихъ рѣшеній устранится возможность правильнаго надзора за примѣненіемъ закона судебными установленіями, что это подрываетъ самый разумъ бытія кассаціонной инстанціи и водвореніе единства правоприменѣнія, но такое опасеніе указываетъ на неясное пониманіе значенія «юридической обязательности рѣшеній» и существа надзора за отношеніемъ судебныхъ мѣстъ къ этимъ толкованіямъ. Признать обязательную юридическую силу рѣшеній значитъ придать ему непререкаемую силу закона, а на это у кассаціонныхъ департаментовъ Правительствующаго Сената нѣтъ уполномочія въ законѣ (кромѣ случая 930 ст.), и, напротивъ того, судьи, по закону, не только могутъ, но должны, по ст. 12 и 13 уст. уг. суд., смѣть свое юридическое сужденіе имѣть. Конечно, право имѣть сужденіе не равносильно съ замѣною его усмотрѣніемъ, съ правомъ устраненія всякаго сужденія; для служителя закона немыслимъ девизъ: sic volo, sic jubeo, и если за неправильное, не по разуму, толкованіе закона, не имѣвшее корыстной или иной противозаконной подкладки, судью нельзя привлечь къ отвѣтственности, то этимъ не устраняется обязанность учрежденій, коимъ предоставленъ надзоръ за судьями, не только обратить вниманіе на переходящее предѣлы терпимости недомысліе, халатность примѣнителей закона, дать соотвѣтственныя разъясненія, но въ необходимыхъ случаяхъ подвергнуть ихъ и установленной дисциплинарной отвѣтственности. Эти же соображенія нужно имѣть въ виду и по вопросу о силѣ разъясненій Сената: нельзя ставить въ вину суду, что онъ, не раздѣляя воззрѣнія Сената, высказалъ свое толкованіе закона, подкрѣпленное посильными основаніями, но Сенатъ имѣетъ полное право примѣнить 265 ст. уст. уг. суд., какъ скоро судъ просто игнорируетъ или безмотивно не подчиняется установившейся практикѣ Сената, въ особенности, если это вызываетъ отмѣну приговора, или отягчаетъ участь подсудимаго. Въ этомъ смыслѣ понимаетъ нынѣ свое право и Сенатъ, какъ въ практикѣ отдѣленій, такъ и департамента, по крайней мѣрѣ, съ половины восьмидесятыхъ годовъ.

Третій видъ толкованія по его источнику составляетъ толкованіе научное, являющееся или въ формѣ разъясненія закона въ литературѣ, или путемъ преподаванія права съ кафедры. Во всякомъ случаѣ это толкованіе можетъ имѣть только нравственное вліяніе, но не можетъ быть признаваемо обязательнымъ: чѣмъ выше стоитъ авторитетъ ученаго изъяснителя закона, тѣмъ большую практическую важность пріобрѣтаетъ и данное имъ истолкованіе; но все-таки оно не дѣлается толкованіемъ аутентическимъ.

46. Толкованіе закона предполагаетъ выясненіе существующаго закона, установленіе соотношенія между формой и разумомъ закона; но могутъ встрѣтиться и такіе случаи, когда истолкователь, выясняя законъ, найдетъ, что данный вопросъ вовсе не предусмотрѣнъ законодателемъ. Можетъ ли судья восполнить подобный пробѣлъ? Такимъ образомъ, рядомъ съ ученіемъ о толкованіи закона, возникаетъ вопросъ о пополненіи закона, или, какъ называетъ это ученіе нѣмецкая литература, а за нею и многіе изъ нашихъ писателей,

ученіе объ аналогіи, хотя аналогія есть пріемъ или способъ дѣятельности, а не ея существо, такъ что аналогія одинаково можетъ служить и для разъясненія, и для пополненія закона[1]).

Такіе пробѣлы могутъ заключаться или въ неполнотѣ закона, или въ недостаткѣ законовъ.

Неполнота уголовнаго закона предполагаетъ, что извѣстное дѣяніе воспрещено закономъ, но въ его обрисовкѣ встрѣчаются пробѣлы. Эти пробѣлы могутъ относиться къ диспозитивной части закона, къ установляемому имъ составу преступнаго дѣянія и притомъ не только въ тѣхъ случаяхъ, когда законъ даетъ только названіе или общую характеристику дѣянія, предоставляя установленіе всѣхъ его основныхъ элементовъ практикѣ, какъ, напр., при опредѣленіи отвѣтственности за обиды, поединокъ, но и въ тѣхъ случаяхъ, когда законъ опредѣляетъ существенные моменты состава, но не полностью, оставляя многое недосказаннымъ. Мало того, подобные пробѣлы могутъ иногда встрѣтиться не въ опредѣленіи преступныхъ дѣяній въ отдѣльности, а въ общемъ ученіи о преступныхъ дѣяніяхъ; таковъ, былъ, напр., въ уложеніи 1845 г. пробѣлъ относительно юридической конструкціи посягательствъ надъ негоднымъ объектомъ, или, до закона 1864 г., относительно посягательствъ съ негодными средствами и т. п. Далѣе, пробѣлы могутъ быть въ санкціи уголовной, въ особенности относительно, напр., условій примѣненія дополнительныхъ наказаній, пораженія правъ. Наконецъ, пробѣлы могутъ быть въ постановленіяхъ о примѣненіи наказанія, о выборѣ мѣры наказанія, объ условіяхъ возбужденія уголовнаго преслѣдованія и т. д.

Недостатокъ уголовныхъ законовъ предполагаетъ отсутствіе закона, коимъ данное дѣяніе воспрещается подъ страхомъ наказанія, слѣдовательно, пробѣлъ въ общей системѣ законовъ, причемъ такіе пробѣлы могутъ произойти или въ силу простой оплошности, недосмотра законодателя, или въ силу какихъ либо соображеній уголовной политики, или же вслѣдствіе того, что самое преступное дѣяніе народилось въ общежитіи только послѣ изданія кодекса уголовнаго.

Эти правила могутъ быть пополняемы, прежде всего, путемъ сравненія данной статьи съ аналогичными постановленіями того же закона.

Далѣе, пополненіе можетъ быть дѣлаемо на основаніи общаго духа уголовнаго кодекса; такое пополненіе дано, напр., было практикою уголовнаго кассаціоннаго департамента Сената относительно покушенія надъ негоднымъ объектомъ, по поводу коего не содержалось въ уложеніи 1845 г. никакихъ спеціальныхъ постановленій.

---

[1]) Дубровинъ, Аналогія при примѣненіи уголовнаго закона. Ж. М. Ю. 1899 г. №№ 5 и 6; у него подробное обозрѣніе исторіи вопроса, а также взгляды нашей литературы и практики; хотя окончательный выводъ автора, какъ и эпиграфъ къ статьѣ, изъ котораго выводъ цѣликомъ заимствованъ (рѣчь А. Ф. Кони по таганрогскому дѣлу), юридически совершенно не ясенъ и противорѣчитъ всему его предшествующему изложенію, такъ какъ авторъ (стр. 26, 29 и даже 35), повидимому, раздѣляетъ почти единогласное мнѣніе нашей литературы о недопустимости пополненія недостатка закона судьею, а въ концѣ выражаетъ надежду, что никогда «не останутся безнаказанными не заклейменныя (т. е. попросту говоря, не запрещенныя) уложеніемъ, но несомнѣнно (для кого?) преступныя дѣянія». Причемъ же тогда останется 1-я статья уложенія?

Наконецъ, пополненіе можетъ быть дѣлаемо на основаніи общихъ правовыхъ ученій, на основаніи воззрѣній, господствующихъ въ наукѣ.

47. Но, конечно, самый главный вопросъ заключается въ томъ: принадлежитъ ли суду такое право пополненія пробѣловъ и, если принадлежитъ, то въ какомъ объемѣ?

Очевидно, что въ этомъ отношеніи необходимо строго отличать неполноту закона уголовнаго и недостатокъ такого закона.

Если законъ воспретилъ какое либо дѣяніе, то учинившій таковое долженъ понести установленное наказаніе: судья долженъ установить всѣ признаки состава подобнаго дѣянія, хотя бы законодатель ограничился только его наименованіемъ, хотя бы для установленія его состава пришлось обратиться не къ аналогичнымъ статьямъ уложенія, даже не къ общему смыслу закона, а исключительно къ воззрѣніямъ доктрины; колеблющаяся практика судебныхъ мѣстъ можетъ быть объединяема кассаціоннымъ департаментомъ Правительствующаго Сената, и въ этомъ состоитъ важнѣйшая сторона его дѣятельности, направленной къ разъясненію закона: подобные пробѣлы могутъ и должны быть пополнены судомъ. Существованіе для нашихъ судебныхъ мѣстъ такой обязанности съ наглядностью подтверждается ст. 12 и 13 уст. угол. суд., воспрещающими останавливать рѣшеніе дѣла не только за неясностью и противорѣчіемъ, но и за неполнотою закона; въ этомъ отношеніи подобное пополненіе не только тѣсно примыкаетъ, но отчасти и сливается съ распространительнымъ его толкованіемъ.

48. Распространяется ли такое право и на пополненіе недостатка законовъ?

Уголовный кассаціонный департаментъ Сената почти съ самаго начала своей дѣятельности (рѣшеніе по дѣлу Люстига 66/43) выработалъ ученіе о безусловномъ правѣ суда на пополненіе всякихъ пробѣловъ закона [1]); неоднократно повторяя въ своихъ рѣшеніяхъ ту мысль, что, на основаніи ст. 12 уст. угол. суд. и 151 улож. о наказ. (изд. 1885 г.), судъ можетъ восполнять пробѣлы закона, примѣняя къ дѣянію, прямо не предусмотрѣнному въ законахъ уголовныхъ, постановленія, наиболѣе съ нимъ сходныя; что судъ, не находя въ уложеніи статьи, прямо предусматривающей дѣяніе подсудимаго, обязанъ опредѣлить наказаніе, установленное за преступленіе, по роду и важности наиболѣе съ онымъ сходное, но и онъ въ позднѣйшей своей практикѣ (93/3, Слоуща; 91/9, Гримма; 83/8, Муратова) сталъ понимать это право въ смыслѣ пополненія неполноты, а не недостатка законовъ.

Наша литература, напротивъ, единодушно высказалась противъ признанія за судомъ таковаго права, находя, что доктрина Сената несостоятельна какъ теоретически, такъ и въ примѣненіи къ нашимъ законамъ [2]).

---

[1]) См. тезисы подъ ст. 151 уложенія 1885 г., въ моихъ изданіяхъ.

[2]) Ср. мое изслѣдованіе о повтореніи преступленій 1867 г., стр. 272 и сл.; пр. Спасовичъ въ учебникѣ (стр. 71 и 328) съ точки зрѣнія теоретической отрицалъ право уголовнаго судьи не только на пополненіе недостатка закона, но и на распространительное толкованіе, а по русскому праву отри-

Со стороны теоретической указывали: 1) что предоставленіе суду права облагать наказаніемъ дѣянія, прямо въ законахъ не предусмотрѣнныя, заключаетъ въ себѣ полное смѣшеніе дѣятельности судебной и законодательной: если даже положенія обычнаго права, выработанныя вѣковою народною жизнью, не признаются нынѣ непосредственнымъ источникомъ, на которомъ бы могъ судья основывать свой приговоръ, то можно ли признать таковымъ личное усмотрѣніе судьи; 2) предоставленіе суду такого права не только приравниваетъ судью къ законодателю, но ставитъ его выше послѣдняго, даетъ ему надъ нимъ право контроля: въ самомъ дѣлѣ, можетъ ли судья, пополняющій такой пробѣлъ, сказать, почему оказался этотъ пробѣлъ въ законѣ, по оплошности или недосмотру, или же сознательно, по волѣ законодателя; слѣдовательно, пополняя пробѣлъ, сознательно сдѣланный законодателемъ, судья становится надъ нимъ, исправляетъ его ошибки; 3) признавая такое право суда, мы наносимъ страшный ударъ гражданской свободѣ и спокойствію каждаго: если мы не допускаемъ возможности, чтобы даже новый законъ могъ признавать дѣяніе, не почитавшееся прежде преступнымъ—таковымъ, то какимъ образомъ можно предоставить такое право судьямъ, отъ коихъ не всегда требуется даже юридическое образованіе; развѣ не можемъ мы представить себѣ, положимъ, усерднаго не по разуму единоличнаго судью, который будетъ облагать уголовнымъ наказаніемъ несоблюденіе постовъ, надѣваніе масокъ, игру на гармоникѣ и т. п.; 4) предоставленіе такого права суду вовсе не требуется интересами общественнаго порядка и безопасности, такъ какъ законодатель, при первомъ указаніи практики на подобный недостатокъ, всегда можетъ пополнить допущенный пробѣлъ, а потому вредъ, происшедшій отъ безнаказанности такихъ не предусмотрѣнныхъ законодателемъ дѣяній, даже, какъ бы они сами по себѣ ни были тяжки, представится совершенно ничтожнымъ. Этими соображеніями объясняется, почему западная доктрина, за малыми исключеніями (напр., Биндингъ), безусловно возстала противъ предоставленія суду подобнаго права, и большинство современныхъ законодателей внесло даже такой запретъ въ кодексы, ставя, такимъ образомъ, твердо положеніе: nullum crimen sine lege poenale, или, другими словами, то, что не воспрещено законодателемъ подъ страхомъ наказанія, онъ и не хотѣлъ воспретить.

Также мало находила опоры эта теорія и въ постановленіяхъ нашего права, даже и при дѣйствіи уложенія 1845 г. Статья 151, на которую главнымъ образомъ ссылались защитники оспариваемаго мнѣнія, по буквальному ея изложенію, имѣла въ виду тѣ случаи, когда за подлежащее разсмотрѣнію суда дѣяніе въ законѣ нѣтъ *опредѣленнаго* наказанія, т. е. говорила не о тѣхъ дѣяніяхъ, за которыя не установлено никакого наказанія и которыя, слѣдовательно, не воспрещены закономъ подъ страхомъ наказанія, а о тѣхъ, ко-

---

цалъ возможность осуществленія такого права только со времени введенія судебныхъ уставовъ; противъ этого права суда высказываются также: сенаторъ Буцковскій въ своемъ Очеркѣ кассаціоннаго порядка по судебнымъ уставамъ, 1866 г., стр. 29; А. Градовскій въ указанной статьѣ, стр. 16; Кистяковскій въ учебникѣ, § 105; въ особенности жестко разобрана прежняя практика кассаціоннаго департамента у Неклюдова, конспектъ, стр. 189 и сл.

торыя предвидѣны закономъ, но за которыя положено наказаніе съ неопредѣленною санкціею. Это подтверждалось и мѣстомъ ст. 151, находившейся въ отдѣленіи о власти и обязанностяхъ суда при опредѣленіи наказаній, среди статей, послѣдовательно развивавшихъ предѣлы правъ судей по примѣненію законовъ съ безусловно опредѣленною санкціею (ст. 147), съ относительно опредѣленною (ст. 148—150) и безусловно неопредѣленною (ст. 151), и, наконецъ, это толкованіе подтверждалось и историческою справкою о образованіи статьи 151.

Какъ замѣчали редакторы обозрѣнія хода работъ по составленію уложенія 1845 г., уже во времена Алексѣя Михайловича законы наши признавали преступными только тѣ дѣянія, которыя воспрещены закономъ подъ страхомъ наказанія. Въ сводѣ законовъ эта мысль была выражена въ ст. 102 (по изд. 1832 г.), первая часть которой говорила: «что всѣ преступленія должны быть объемлемы, судимы и наказаны силою закона», причемъ выраженіе «объемлемы» исключало возможность признанія какого либо дѣянія наказуемымъ не силою закона, а судейскимъ усмотрѣніемъ; далѣе, вторая часть этой статьи содержала правило, почти буквально повторенное въ статьѣ 147 уложенія. При составленіи уложенія, вторая часть ст. 102 была оставлена въ томъ же отдѣлѣ, а первая, какъ видно изъ указаній проекта, послужила основаніемъ статьи 90 уложенія (изд. 1885 г.), которая гласитъ, что наказанія за преступленія и проступки опредѣляются не иначе, какъ на точномъ основаніи постановленій закона, и которая, такимъ образомъ, содержитъ въ себѣ и правило свода, что всѣ преступныя дѣянія должны быть «объемлемы» силою закона. Статья же 151 (155 по проекту) значится основанною на ст. 104 свода (119 по изд. 1842 г.), постановлявшей: «но когда законъ, полагая наказаніе, назначаетъ оное общими выраженіями, какъ-то: наказать яко преступника указовъ или наказать по всей строгости законовъ, или на основаніи законовъ, не опредѣляя притомъ ни рода наказанія, ни вида его; или же, когда, назначая родъ наказанія, онъ не назначаетъ его вида, тогда и проч.», т. е. говорившей о предѣлахъ правъ суда при примѣненіи законовъ съ неопредѣленною санкціею.

Такимъ образомъ, грамматическое, систематическое и историческое толкованія приводили къ одному и тому же выводу, что ст. 151 говорила только о примѣненіи законовъ съ безусловно неопредѣленною санкціею, т. е. о пополненіи неполноты закона, неполноты, относящейся къ санкціи, а не о пополненіи недостатка законовъ [1]).

Но всякое сомнѣніе о недопустимости для судовъ уголовныхъ пополненія недостатка законовъ устранено судебными уставами, а въ частности и статьею 12, хотя на нее и ссылался неоднократно въ своей аргументаціи угол.

---

[1]) Въ рѣшеніи по дѣлу Игорева (⁰⁹/₈₅₈) Сенатъ, разсмотрѣвъ всѣ эти указанія, нашелъ, что такое толкованіе содержанія статьи 151 опровергается уже самымъ фактомъ ея существованія, несмотря на устраненіе изъ нашего законодательства санкціи безусловно неопредѣленной. Но противъ этого положенія можно возразить, что одна ненужность статьи не даетъ ни малѣйшаго юридическаго основанія для приданія ей не того смысла, который она дѣйствительно имѣетъ, а съ другой стороны, какъ было уже указано, эта форма санкціи сохранилась и въ уложеніи 1845 г. подъ видомъ ссылочной санкціи.

кассац. департаментъ. Такой отвѣтъ долженъ быть данъ во-1-хъ, по тексту статьи 12, которая говоритъ о неполнотѣ, неясности или противорѣчіи законовъ, *коими судимое дѣяніе воспрещается подъ страхомъ наказанія*, слѣдовательно, всегда имѣетъ въ виду дѣяніе, воспрещенное закономъ уголовнымъ; во-2-хъ, по сопоставленію текста ст. 12 съ однородною статьею 9 устава гражданскаго судопроизводства, въ коей говорится, что судъ обязанъ рѣшать дѣла по точному разуму существующихъ законовъ, а въ случаѣ ихъ неполноты, неясности, *недостатка*, или противорѣчія, основывать рѣшеніе на общемъ смыслѣ законовъ [1]). Такимъ образомъ, суду гражданскому предписано не останавливаться въ рѣшеніи и тогда, когда онъ не найдетъ соотвѣтствующаго закона: онъ долженъ дать право, какъ скоро стороны представили ему факты, требующіе юридическаго разъясненія, но такого права или такой обязанности не возложено на судью уголовнаго и не возложено сознательно, какъ это ясно видно и изъ пункта 1 ст. 771, по коему судъ долженъ постановить приговоръ объ оправданіи подсудимаго, какъ скоро дѣяніе, въ коемъ онъ былъ обвиняемъ, признается невоспрещеннымъ закономъ подъ страхомъ наказанія.

Въ дѣйствующемъ уголовномъ уложеніи право суда пополнять недостатокъ закона устраняется самымъ опредѣленіемъ преступнаго дѣянія въ статьѣ 1, такъ какъ на основаніи ея таковымъ дѣяніемъ можетъ быть признано только дѣяніе, воспрещенное уголовнымъ закономъ уже въ моментъ его учиненія. Какъ сказано въ объяснительной запискѣ: «эти признаки, характеризующіе преступное дѣяніе, тѣмъ самымъ установляютъ и предѣлы власти суда, безусловно устраняя возможность облагать наказаніями поступки, хотя и сходные съ какими либо преступными дѣяніями, но прямо въ законѣ не воспрещенные».

§ 5. Общіе источники дѣйствующаго уголовнаго права Россіи.

49. Съ 1845 г. главный источникъ нашего уголовнаго законодательства получилъ названіе «уложенія», его подстатейныя цитаты не восходили ранѣе 1845 г., но при ближайшемъ разсмотрѣніи его содержанія оказывалось, что это уложеніе несравненно болѣе походило на сводъ, чѣмъ на кодексъ, систематически построенный на единомъ общемъ началѣ. Да и сами его составители такъ смотрѣли на свою работу. «Уложеніе, говорятъ они въ обозрѣніи работъ (стр. 67), долженствовало быть и есть не что иное, какъ собраніе очищенныхъ, приведенныхъ въ порядокъ и ясность, дополненныхъ и во многомъ исправленныхъ, но однакожъ въ общемъ составѣ и существѣ своемъ прежнихъ уголовныхъ нашихъ законовъ. Оно, въ нѣкоторомъ смыслѣ, занимаетъ среднее мѣсто между обыкновеннымъ сводомъ и тѣмъ, что въ наше время именуется кодексомъ законовъ. Редакторы желали бы имѣть право назвать его сводомъ усовершенствованнымъ».

Такимъ образомъ, уложеніе 1845 г. входило въ общую цѣпь кодификаціонныхъ работъ, начавшихся съ уложенія царя Алексѣя Михаиловича, а затѣмъ непрерывно, хотя и безслѣдно продолжавшихся два столѣтія и только при Императорѣ Николаѣ I завершившихся изданіемъ Свода Законовъ. Точно также не разорвана эта преемственная связь съ нашимъ старымъ правомъ и съ изданіемъ дѣйствующаго уголовнаго уложенія, такъ какъ, являясь по способу его построенія, по его системѣ, дѣйствительнымъ «уложеніемъ», а не

---

[1]) Въ такомъ же положеніи стоитъ этотъ вопросъ и по французскому праву, такъ какъ статья 4 code civil содержитъ правило, аналогичное со статьею 9 уст. гражд. суд. Ср. Lainé № 129.

сводомъ, оно усвоенныя имъ начала заимствуетъ не только изъ уложенія 1845 г., но и изъ свода законовъ.

Уложеніе царя Алексѣя Михайловича [1]) было выраженіемъ того историческаго движенія русской жизни, которое началось со времени московскихъ собирателей Русской земли, а въ особенности съ Іоанна III. Государство и верховная власть выдвигаются на первый планъ, стушевывается жизнь земщины, общества. Безпорядки и неурядицы безгосударнаго времени, эпохи «великаго шатанія земли Русской», не могли остановить общаго движенія народной жизни. Мало того, эти послѣднія вспышки угасающей самостоятельной жизни земства только доказывали несостоятельность той формы, въ которой вылился старый государственный укладъ, и, слѣдовательно, служили новому началу, хотя и съ отрицательной стороны. Съ воцареніемъ дома Романовыхъ, эта новая форма государственнаго строя достигла своего почти окончательнаго выясненія и была уже готова отлиться въ законодательныя формы, ждала только велѣнія власти. Съ другой стороны, и самая эпоха умиренія земли должна была прежде всего вызвать болѣе точное опредѣленіе юридическихъ отношеній, созданіе кодекса. Новое уложеніе было необходимо уже и потому, что поколебались всѣ основы юридическаго порядка; своеволіе, буйства, разбои и грабежи стали повседневнымъ явленіемъ и требовали напряженной государственной дѣятельности; права и суда не существовало, надлежало водворить его, возстановить въ народномъ сознаніи забытое уваженіе къ правосудію, боязнь царскаго гнѣва. Какъ замѣчаетъ пр. Сергѣевичъ (лекціи, стр. 605), есть основаніе думать, что поводомъ къ изданію уложенія послужило челобитье низшихъ разрядовъ служилыхъ людей, дворянъ, стольниковъ, посадскихъ и торговыхъ людей, всѣхъ тѣхъ, которые въ эпоху междуцарствія отъ великой тяготы въ рознь брели.

Вызванное неурядицами, оставленными въ наслѣдство смутнымъ временемъ окрѣпавшему государству, уложеніе должно было водворить порядокъ на Руси, дать судъ правый и равный, освободить народъ отъ разорявшихъ его судебныхъ волокитъ и судейской неправды, установить единство права во всемъ государствѣ: «чтобы Московскаго государства всякихъ чиновъ людямъ отъ большаго и до меньшаго чину, судъ и расправа была во всякихъ дѣлахъ всѣмъ равна» или, какъ говоритъ подробнѣе статья 1-я главы X, «судъ судити и всякую расправу дѣлати, всѣмъ людямъ Московскаго государства, отъ большаго и до меньшаго чина въ правду; такъ же и пріѣзжихъ иноземцевъ, и всякихъ прибылыхъ людей, которые въ Московскомъ государствѣ будутъ, тѣмъ же судомъ судити и расправу дѣлати, по государеву указу въ правду, а своимъ вымысломъ въ судныхъ дѣлахъ по дружбѣ и по недружбѣ ничего ни прибавливати, ни убавливати, а недругу не мстити, и никому ни въ чемъ, ни для чего не наровити, дѣлати всякія государева дѣла не стыдяся лица сильныхъ, и избавляти обидящаго отъ руки неправеднаго». И уложеніе стало на высотѣ его призванія. Кому не извѣстна нѣсколько напыщенная, но въ главныхъ чертахъ вѣрная характеристика уложенія, сдѣланная пр. Морошкинымъ: «Уложеніе вѣчно пребудетъ первообразомъ русскаго законодательнаго ума, русскаго гражданскаго быта и юридическаго слова: уложеніе родовито какъ Москва, патріархально какъ русскій народъ и грозно какъ царскій гнѣвъ»; нельзя не вспомнить, какъ благоговѣйно относилась къ уложенію Екатерина II. Да и нынѣ для насъ могутъ служить образцомъ простота, точность и образность его текста: какъ далеко оставляетъ оно за собою и испещренный германизмами слогъ петровскихъ указовъ, и витіеватое велерѣчіе законовъ Екатерины, и канцелярское многописаніе эпохи свода и уложенія!

---

1) Ср. Строевъ, Историко-юридическое изслѣдованіе уложенія, 1833; Ф. Морошкинъ, Объ уложеніи и его послѣдующемъ развитіи, 1839 г.; В. Линовскій, Изслѣдованіе началъ уголовнаго права, изложенныхъ въ уложеніи царя Алексѣя Михайловича, 1847 г.; Есиповичъ, О литературной разработкѣ и общемъ характерѣ уложенія въ Ж. М. Ю. за 1859 г.; Чебышевъ-Дмитріевъ, О преступномъ дѣйствіи по русскому до-петровскому праву, 1862, стр. 177 и сл.; Неклюдовъ, Приложенія къ учебнику Бернера, стр. 195; ср. также курсы исторіи русскаго права: П. Загоскина—1877 г.; В. Сергѣевича, 1883 г.; Владимірскаго-Буданова, 2 изд. 1888 г.; В. Латкинъ, Лекціи по внѣшней исторіи русскаго права, 1888, стр. 104 и сл.

16 Іюля 1648 г. царь и дума рѣшили составить уложенную книгу; предварительныя работы были поручены боярамъ—князьямъ Одоевскому и Прозоровскому, окольничьему князю Волконскому и дьякамъ Леонтьеву и Грибоѣдову [1]), и уже 3 Октября началось слушаніе уложенія на собранномъ для того соборѣ. Со всѣхъ концовъ Россіи были призваны выборные, люди смышленные, коимъ государево и земское дѣло было бы за обычай. Уложеніе имъ было чтено и по ихъ челобитью вносились въ проектъ уложенія дополненія и поправки, а затѣмъ они закрѣпили его своими подписями «и указалъ государь то все уложеніе написать на списокъ и закрѣпити тотъ списокъ... А закрѣня то уложеніе руками, указалъ государь списати въ книгу, а съ той книги... напечатать многія книги».

Царь хотѣлъ, чтобы: «его государства царственное и земское дѣло съ тѣми со всѣми выборными людьми утвердити и на мѣрѣ поставити, чтобы всѣ тѣ великія дѣла, по нынѣшнему его государеву указу и соборному уложенію, впредь были ничѣмъ нерушимы». Работы собора окончились, какъ видно изъ послѣсловія къ нему, 29 Января 7157 г. (1649): совершена сія книга... лѣта 7157 Генваря въ 29 день [2]), почему и самое уложеніе обыкновенно датируется 1649 г. [3]).

Уложеніе составилось изъ разнообразныхъ источниковъ: такъ, въ него вошли постановленія судебниковъ великокняжескаго и царскаго, указныя книги приказовъ, въ особенности разбойнаго, и боярскіе приговоры, а равно иноземное греко-римское право [4]). Въ предисловіи къ уложенію говорится: «которыя статьи написаны въ правилахъ св. апостолъ и св. отецъ и въ градскихъ законахъ греческихъ царей, а пристойны тѣ статьи къ государственнымъ и къ земскимъ дѣламъ, и тѣ бы статьи выписать, и чтобы прежнихъ великихъ государей царей и великихъ князей россійскихъ и отца его государевы указы и боярскіе приговоры на всякія государственныя и земскія дѣла собрать и съ старыми судебниками справить. А на которыя статьи въ прошлыхъ годѣхъ прежнихъ государей указу не положено и боярскихъ приговоровъ не было, и тѣ бы статьи по тому жъ написати и изло-

---

1) См. свѣдѣнія о подготовительныхъ работахъ у Зерцалова, стр. 5 и сл.

2) Подлинникъ уложенія сохранился и хранится въ оружейной палатѣ; онъ состоитъ изъ двухъ свитковъ: въ одномъ помѣщено само уложеніе, а въ другомъ опись подчистокъ и поправокъ. Свитки составлены изъ листовъ, склеенныхъ въ длину, въ видѣ столбца, такъ что свитокъ уложенія въ длину 144 сажени и 1 аршинъ. На оборотѣ свитка уложенія подписи членовъ собора; всѣхъ подписей имѣется 315, хотя членовъ было болѣе. Вслѣдъ за подписаніемъ уложеніе было отпечатано; въ 1649 г. вышло два изданія, въ 1737 г. вышло новое изданіе; всѣхъ изданій считается 12. Латкинъ указываетъ, что уложеніе было переведено на языкъ латинскій Мейербергомъ въ 1663 г., французскій въ Лейденѣ 1688 г., датскій и нѣмецкій. По имѣющимся у меня свѣдѣніямъ, баронъ de Meyerber въ приложеніи къ сочиненію Iter in Moskoviam, вышедшемъ около 1661 г., перевелъ уложеніе, Statuta Moskovitica, ст. 113—235; потомъ сочиненіе Мейербера было переведено на французскій (Leyden 1688 г.), а съ французскаго на итальянскій, но оба безъ приложенія. На нѣмецкій уложеніе было переведено Struvens'омъ—Allgemeines russischen Landrecht, Danzig 1723 г. Ср. Забѣлинъ, Свѣдѣнія о подлинномъ уложеніи царя Алексѣя Михайловича, въ архивѣ Калачева за 1859 г.; Загоскинъ, Земскій соборъ 1648 г. и уложеніе царя Алексѣя Михайловича; В. Латкинъ, Матеріалы для исторіи земскихъ соборовъ, 1884 г. и его же, Изслѣдованіе о земскихъ соборахъ древней Руси, 1885 г., стр. 214 и сл.; Мейчикъ, Дополнительныя данныя къ исторіи уложенія 1649 г., въ Сборникѣ археологическаго института 1880 г.; Зерцаловъ, Новыя данныя о земскомъ соборѣ 1648—49 г., 1887 г.; К. Верховскій, Источники уложенія царя Алексѣя Михайловича въ Ю. В. за 1889 № 11.

3) Н. Сергѣевскій, Пособія, стр. 20 пр. 1, полагая, что дата послѣсловія относится не ко времени утвержденія уложенія государемъ и соборомъ, а ко времени написанія книги, что подписи вѣроятно послѣдовали тотчасъ по окончаніи чтенія, а таковое началось еще 3 Октября и, нужно полагать, окончилось ранѣе 1 Января, думаетъ, что уложеніе царя Алексѣя Михайловича слѣдуетъ датировать 1648 годомъ, какъ и указано въ заголовкѣ.

4) Вліяніе византійскаго права еще замѣтнѣе въ новоуказныхъ статьяхъ къ уложенію; въ 1654 г. были разосланы воеводамъ выписки изъ греческихъ законовъ для руководства при рѣшеніи дѣлъ уголовныхъ. Подробный указатель отношенія отдѣльныхъ статей уложенія къ ихъ источникамъ у Верховскаго, стр. 377 и сл.

жити по его государеву указу общимъ совѣтомъ». Кромѣ этихъ названныхъ въ предисловіи источниковъ, сильное вліяніе на уложеніе оказалъ еще одинъ источникъ, упоминаемый въ отмѣткахъ на подлинномъ свиткѣ уложенія, а именно литовскій статутъ (3-ей редакціи 1588 г.), повліявшій въ особенности на главы, относящіяся до права государственнаго и уголовнаго; такъ, глава XXII: «за какія вины кому чинити смертную казнь и за какія вины не казнити», почти цѣликомъ взята изъ статута [1]); но, однако, эти заимствованія дѣлались съ значительными измѣненіями, въ особенности въ карательной части постановленій, въ видѣ, напр., опредѣленія простой смертной казни вмѣсто квалифицированной и т. п. Наконецъ, многія статьи были составлены на основаніи существовавшихъ обычаевъ, а равно и челобитныхъ выборныхъ людей, участвовавшихъ въ соборѣ.

Уложеніе заключало въ себѣ постановленія по всѣмъ отраслямъ права: въ немъ перемѣшаны статьи, относящіяся къ законамъ государственнымъ, финансовымъ, полицейскимъ, гражданскимъ, судопроизводственнымъ; законы уголовные сосредоточены, главнымъ образомъ, въ главахъ I, II, X, XXI и XXII, но они встрѣчаются въ отдѣльности и въ другихъ главахъ [2]).

Во взглядѣ на существо преступныхъ дѣяній уложеніе и отдѣльные указы этого періода являлись вѣрными представителями окрѣпнувшаго государственнаго строя. Понятіе о преступникѣ, какъ о земскомъ разорителѣ, о вѣдомомъ лихомъ человѣкѣ, которое стояло на первомъ планѣ въ судебникахъ и уставныхъ грамотахъ, стушевывается. Государево дѣло—вотъ преобладающій элементъ юридическихъ отношеній того времени. Самодержавная власть дѣлается основнымъ, двигающимъ принципомъ всей народной жизни, всѣ люди божьи да государевы, а потому неповиновеніе и противодѣйствіе этой всемогущей власти составляютъ самую выдающуюся черту преступленія. Неисполненіе всякаго царскаго указа и запрета возводится въ разрядъ важныхъ преступленій и жестокія наказанія назначаются за такія дѣянія, которыя сами по себѣ не заключаютъ ничего особенно вреднаго или опаснаго; такъ, напр., за охоту около Москвы назначается смертная казнь. Не только преступленія, направленныя противъ главы государства, противъ порядка управленія, неисполненіе царскихъ указовъ и т. д., получаютъ первенствующую роль, но это значеніе переносится и на всѣ дѣянія, которыя, хотя и косвенно, свидѣтельствуютъ о неуваженіи къ особѣ царя; такимъ образомъ, усиливаются, напр., наказанія за преступленія, совершенныя въ присутствіи государя или на государевомъ дворѣ. Точно также уложеніе окончательно закрѣпляетъ вмѣшательство государства въ религіозно-нравственную сторону народной жизни: преступленія противъ религіи и нравственности, въ особенности въ отдѣльныхъ указахъ эпохи уложенія, получаютъ широкій объемъ. Поэтому, характеристикою понятія преступнаго дѣянія, по уложенію, является забвеніе божьей заповѣди и царскаго приказа: «а кто забывъ страхъ божій и государево крестное цѣлованіе», «а кто учинитъ злодѣяніе, не бояся Бога и не опасаяся государскія опалы и казни». Самою основою преступности нѣкоторыхъ дѣяній является, указываемое и въ текстѣ закона, нарушеніе правилъ церковныхъ, постановленій отцовъ церкви.

Въ юридическомъ понятіи преступнаго дѣянія получаетъ значительное развитіе понятіе о винѣ. Уложеніе различаетъ убійство неумышленное, безхитростное, отъ умышленнаго; различаетъ отдѣльные виды участія и прикосновенности (X, 198, XXII, 12, 19); степени осуществленія злаго умысла (X, 202, XXII, 8); даетъ подробныя постановленія о необходимой оборонѣ, указываетъ на крайнюю необходимость, на обстоятельства, увеличивающія и уменьшающія вину и т. д.

---

1) Ср. подробныя указанія у Колоссовскаго, Очеркъ исторіи преступленій противъ жизни по русскому праву, 1856 г.; Владимірскій-Будановъ, Отношенія между литовскимъ статутомъ и уложеніемъ царя Алексѣя Михайловича въ сборникѣ государств. знаній, т. IV; автору работа Колоссовскаго, очевидно, была не извѣстна. Въ дѣлѣ бывшаго II отдѣленія, въ бумагахъ, относящихся до составленія уложенія 1845 г., въ 2-мъ картонѣ, въ приложеніяхъ къ IV главѣ исторической записки, находится подробное сопоставленіе статей уложенія, заимствованныхъ изъ литовскаго статута, съ подлинникомъ.

2) Всего въ уложеніи 25 главъ и 967 статей.

Въ ученіи о наказаніи, рядомъ съ понятіемъ о немъ, какъ о матеріальномъ возмездіи появляется представленіе объ утилитарномъ его значеніи въ простѣйшей формѣ устрашенія другихъ: «казнити смертью безо всякія пощады, чтобы на то смотря инымъ не повадно было такъ дѣлать»; «чтобы иные такого беззаконнаго и сквернаго дѣла не дѣлали и отъ блуда унялися», и т. д.; стремленіемъ къ устрашенію объясняется и часто встрѣчающійся въ уложеніи видъ уголовной угрозы—«наказати нещадно», «безъ всякія милости», «безъ пощады» и т. д.

Наиболѣе распространеннымъ наказаніемъ по уложенію является смертная казнь; хотя, несмотря на ея частое примѣненіе, можно сказать, что уложеніе, сравнительно съ одновременными ему западными кодексами, представляется мягкосерднымъ, такъ какъ оно угрожаетъ, главнымъ образомъ, простою смертною казнью и только въ пяти случаяхъ назначаетъ смертную казнь квалифицированную. Рядомъ со смертною казнью стоятъ въ уложеніи тѣлесныя наказанія членовредительныя и болѣзненныя, денежныя пени, и только въ исключительныхъ случаяхъ: лишеніе свободы, ссылка въ украинные города, осрамительныя наказанія, какъ выдача головою, и т. д.

50. Изданіе уложенія, конечно, не могло остановить дальнѣйшаго развитія законодательства не только въ силу общаго движенія юридической жизни, но и потому, что оно представлялось сводомъ весьма неполнымъ. Уже въ царствованіе Алексѣя Михайловича появляются не только отдѣльные законы, но и обширныя узаконенія, подъ именемъ новоуказныхъ статей, дополнявшія уложеніе. Таковы по отношенію къ уголовнымъ законамъ новоуказныя статьи 1669 г. 22 Января о татебныхъ, разбойныхъ и убійственныхъ дѣлахъ (п. с. з., 441), представлявшія цѣлый уголовный кодексъ, болѣе обширный, чѣмъ относящіяся сюда главы уложенія 1649 г. и значительно смягчающій суровость его казней. Реформаторская дѣятельность Петра Великаго, охватывавшая всѣ стороны государственной жизни, конечно, выразилась и въ столь же обширной законодательной дѣятельности, а въ частности и въ законодательствѣ уголовномъ: безпрестанно являлись указы, установлявшіе наказанія случайныя, ad hoc, нерѣдко противорѣчивые и по отношенію къ уложенію, и между собою; въ судебную практику вносились хаосъ и безурядица. Какъ говорили сами законодатели: «послѣ стараго много разъ указы изданы и въ разное время выдавались и затѣмъ одни съ другими несогласны, черезъ что случается поддержка безсовѣстнымъ судьямъ, которые, подбирая указы, на которую сторону хотятъ, рѣшаютъ».

Поэтому понятно, что во всѣ царствованія, начиная съ Петра I и кончая Николаемъ I, идетъ постоянный рядъ попытокъ или свести въ одно цѣлое всѣ эти разнородные законы, согласовать ихъ съ уложеніемъ 1649 г., кодифицировать ихъ [1]), или же замѣнить ихъ новыми законоположеніями, уставами.

Всѣ эти многообразныя попытки по ихъ характеристическимъ особенностямъ могутъ быть сведены къ тремъ группамъ: къ первой относятся попытки, ставящія своею задачею соединить всѣ отдѣльные законы въ одно цѣлое, согласовать ихъ между собою, составить «сводъ»; ко второй—попытки перенести къ намъ иностранные законы или въ видѣ простаго перевода или въ видѣ переработки, согласованія съ отечественными узаконеніями, и, наконецъ, къ третьей—попытки создать уложеніе общее, или только спеціально уголовное, на началахъ разума или естественнаго права.

51. Кодификаціонныя попытки первой группы относятся еще къ царствованію Петра I [2]). Еще прежде начала единодержавія Петра I, 6 Іюня 1695 г. (п. с. з. 1513), состоялся указъ, коимъ повелѣно было всѣмъ приказамъ составить изъ дѣлъ выписки

---

[1]) Общія свѣдѣнія о всѣхъ этихъ попыткахъ можно найти въ обозрѣніи историческихъ свѣдѣній о сводѣ законовъ, 1833 г.; въ краткомъ обозрѣніи хода работъ и предположеній по составленію новаго кодекса законовъ о наказаніи 1846 г. В. Латкинъ, Законодательныя комиссіи въ Россіи въ XVIII вѣкѣ, т. I, 1887 г.; С. В. Пахманъ, Исторія кодификаціи, т. I.

[2]) Д. Полѣновъ, Матеріалы для исторіи русскаго законодательства, 1865 г.; Латкинъ, стр. 1 и сл.

*

такихъ статей, которыя могли бы служить дополненіемъ къ статьямъ уложенія и новоуказнымъ статьямъ, и эти выписки имѣть въ приказахъ въ готовности до новаго указа. Затѣмъ, 18 Февраля 1700 г. (п. с. з. 1765), состоялся новый указъ, которымъ учреждалась особая палата объ уложеніи или «палата бояръ, которые сидятъ у уложенія». На обязанность ея было возложено внести въ подлежащія мѣста уложенія послѣдовавшіе послѣ его изданія именные указы и постановленія, извѣстные подъ именемъ новоуказныхъ статей, и также состоявшіеся по дѣламъ рѣшеннымъ боярскіе приговоры, и, такимъ образомъ, составить «новоуложенную книгу».

Палата была составлена изъ многочисленнаго персонала бояръ, окольничьихъ, стольниковъ, думныхъ дворянъ и думныхъ дьяковъ, всего до 70 человѣкъ, хотя въ отдѣльныхъ засѣданіяхъ бывало иногда не болѣе 15 человѣкъ; главнымъ начальствующимъ былъ князь Троекуровъ; засѣданія продолжались до половины Ноября 1703 года.

Всего труднѣе было добыть изъ приказовъ находящіеся въ нихъ списки съ указовъ и новоуказныхъ статей, такъ что приходилось требовать по нѣсколько разъ. Такъ, приказъ холопьяго суда отписывалъ, что «подьячіе за тѣмъ его государевымъ дѣломъ сидятъ всѣ и изъ приказа ихъ не выпущаютъ»; иные приказы отписывались еще жалобнѣе: «сидятъ де подьячіе денно и нощно», а указы все-таки доставлялись съ превеликимъ трудомъ: патріаршій приказъ, на дополнительное требованіе о присылкѣ недостающихъ указовъ, отвѣчалъ: «опричь тѣхъ указовъ, которые внесены къ боярамъ въ палату, въ патріаршемъ приказѣ нѣтъ, и вершатъ дѣла и управляютъ нынѣ по правиламъ св. отцовъ и по уложенію . . , а которые дѣла и указы прежнихъ патріарховъ были въ сундукахъ поставлены въ кладовыхъ палатахъ и за тѣ де дѣла приняться невозможно, они погнили».

Но, несмотря на эти затрудненія, палата слушала и пополняла главы уложенія по порядку, и къ Іюлю 1701 г. прошла, такимъ образомъ, все уложеніе, а затѣмъ, хотя и съ значительными перерывами, продолжала второе чтеніе и окончательную редакцію новоуложенной книги, что и окончила къ 1703 г. Но, тѣмъ не менѣе, составленная ею новоуложенная книга не была обнародована, сохранился только проектъ манифеста объ обнародованіи новаго уложенія и о введеніи его въ дѣйствіе [1]).

Безрезультатность работъ «палаты» побудила Петра I прибѣгнуть къ болѣе крутой мѣрѣ. Указъ 1714 г. 15 Іюня (п. с. з. 2828) повелѣвалъ: «ревнуя по закону божію, дабы во всѣхъ отъ Бога данныхъ Его Царскому Величеству государствахъ судъ былъ всѣмъ повсюду равный, безъ богоненавистнаго лицемѣрія и противной истинѣ проклятыя корысти, повелѣваемъ всякаго чина судьямъ всякія дѣла дѣлать и вершить по уложенію, а по новоуказнымъ пунктамъ и сепаратнымъ указамъ отнюдь не дѣлать»; даже было указано, что тѣ дѣла, которыя были рѣшены по новоуказнымъ статьямъ, изданнымъ «противно» уложенію, послѣ шведской войны вновь перевершить. Но выкинуть такимъ образомъ всю полувѣковую законодательную работу представлялось, конечно, невозможнымъ, а потому тотъ же указъ сдѣлалъ исключеніе для тѣхъ новоуказныхъ пунктовъ, которые учинены не въ премѣну, а въ дополненіе уложенія; тѣ повелѣно было принимать въ исполненіе, пока новое уложеніе издано будетъ, всѣ же остальные, хотя бы и именные, отставить и въ приговоры не вписывать. Но вслѣдъ затѣмъ надо было выяснить, какія же изъ новоуказныхъ статей противорѣчатъ уложенію и какія нѣтъ, а для исполненія этого была образована, по указу Сената, особая комиссія, работавшая съ 1714—1718 гг. Эта комиссія представила 10 главъ такъ называемаго своднаго уложенія; но работа ея осталась безъ разсмотрѣнія и безъ всякихъ послѣдствій [2]).

Составленіе своднаго уложенія было задачею законодательныхъ комиссій при Императорѣ Петрѣ II въ 1728 г., къ участію въ которой были приглашены выборные отъ шляхетства, при Императрицѣ Аннѣ въ 1730 г. при участіи въ ней, кромѣ шляхетства, выборныхъ отъ духовныхъ и купечества; въ этой комиссіи составленіе своднаго уложенія было только пріуготовленіемъ къ сочиненію новаго уложенія, но комиссія безрезультатно про-

---

[1]) Подлинникъ «новоуложенной книги» находится въ библіотекѣ Академіи Наукъ.

[2]) Семь главъ этого своднаго уложенія напечатаны въ 1-й части указателя россійскихъ законовъ Максимовича; ср. Латкинъ, стр. 18 и сл.

существовала до 1741 года; и позднѣе, при Императорѣ Павлѣ I, на основаніи указа 16 Декабря 1796 г., комиссія составленія законовъ должна была составить сборники: уголовный, гражданскій и казенныхъ дѣлъ, она составила, между прочимъ, 13 главъ уголовнаго сборника и прекратилась за смертью Императора.

Къ этой же группѣ нужно отнести и законодательныя комиссіи Императрицы Елизаветы. Первыя работы начались уже въ 1741 г., когда именнымъ указомъ повелѣно быть комиссіи изъ нѣсколькихъ сенаторовъ для пересмотра указовъ и сдѣланія реестра тѣмъ изъ нихъ, которые должны быть отставлены, какъ съ состояніемъ сего настоящаго времени несходные и пользѣ государственной противные. Но изъ комиссіи ничего не вышло: въ 1754 г. графъ Шуваловъ доложилъ, что «хотя тому уже 12 лѣтъ, какъ изволили предлагать намъ заняться этимъ дѣломъ, но по несчастью нашему мы не способились исполнить желаніе Вашего Величества». [1]). Вслѣдъ затѣмъ 11 Марта 1754 г. состоялось уже повелѣніе объ учрежденіи при Сенатѣ новой комиссіи изъ разныхъ лицъ, причемъ подготовительныя работы возложены на отдѣльныя вѣдомства. Комиссія составила планъ новаго уложенія, раздѣленнаго на 4 части, и внесла его на аппробацію Сената, который утвердилъ планъ и указомъ 24 Августа 1754 года опредѣлилъ дальнѣйшую дѣятельность комиссіи. Хотя въ указѣ 1754 г. эта комиссія названа комиссіею сочиненія уложенія, хотя, по опредѣленію Сената, на нее возлагалось: «сочинить законы ясные, всѣмъ понятные и настоящему времени приличные», но, какъ видно изъ содержанія работъ этой комиссіи, нынѣ опубликованныхъ [2]), она въ дѣйствительности имѣла въ виду составленіе своднаго уложенія. Комиссія къ Апрѣлю 1755 г. составила двѣ части своего труда, которыя, по разсмотрѣніи ихъ въ Сенатѣ 25 Іюля, поднесены къ утвержденію Императрицы. Въ первой части были изложены законы судные, а часть вторая—криминальная—«о розыскныхъ дѣлахъ и какіе за разныя злодѣйства и преступленія казни, наказанія и штрафы положены», относилась къ матеріальному праву. Проектъ, главнымъ образомъ, воспроизводилъ дѣйствующія постановленія, но нѣкоторыя статьи были написаны вновь, большею частію въ казуистичной формѣ, въ видѣ разъясненія существующихъ постановленій. Наиболѣе разработаннымъ представляется отдѣлъ о наказаніяхъ, причемъ преобладающимъ наказаніемъ являлась смертная казнь и притомъ въ формѣ квалифицированной; были введены даже такіе виды казни, которые не встрѣчались въ прежнихъ нашихъ законахъ, какъ, напр., подвѣшеніе за ребра и разорваніе пятью лошадьми. Это изобиліе смертной казни, такъ противорѣчащее указамъ 1742, 1744 и 1753 годовъ, стремившимся если не къ полной отмѣнѣ, то къ ограниченію ея примѣненія, и было главною причиною неутвержденія проекта Императрицею; по крайней мѣрѣ, объ этомъ можно догадываться изъ того, что когда въ 1759 г. комиссія, въ нѣсколько пополненномъ составѣ [3]), приступила къ продолженію работъ по составленію 3-й (о правахъ состояній, каковую и окончила уже въ 1762 г.) и 4-й (о законахъ гражданскихъ) частей, а равно и къ пересмотру двухъ первыхъ томовъ, то, по возвращеніи въ нее въ 1761 г. первоначальнаго проекта, дѣйств. статск. сов. Алсуфьевымъ словесно объявлено, что Ея Императорское Величество Всеавгустѣйшая Государыня Высочайше комиссіи повелѣть соизволила въ оном новосочиняемомъ уложеніи за подлежащія вины смертной казни не писать [4]).

---

[1]) Латкинъ, в. с. стр. 81, Н. Сергѣевскій, Пособія, стр. 22.

[2]) Въ 1882 г. А. Востоковымъ издана 2-я часть работъ этой комиссіи, подъ заглавіемъ «Проекты уголовнаго уложенія 1754 и 1766 гг.»; къ изданію приложено предисловіе пр. Сергѣевскаго о работахъ этой комиссіи и о судьбѣ проекта; ср. В. Латкинъ, стр. 80 и сл. Въ 1893 г. В. Латкинъ издалъ 3-ю часть трудовъ комиссіи «о состояніи подданныхъ вообще»; но вторая часть о судѣ остается не изданною.

[3]) Въ 1761 (указъ Сената 29 Сент., 11335) въ составъ ея были призваны депутаты отъ дворянства и городовъ; причемъ ходатайство о таковомъ участіи представителей страны было сдѣлано самою комиссіею.

[4]) В. Сергѣевичъ, Лекціи, стр. 906. Эта жестокость наказаній не соотвѣтствовала и мыслямъ Императрицы, высказаннымъ въ наказѣ этой комиссіи. «Дабы всѣхъ тѣхъ, говорится въ немъ, кои въ преступленіе впадаютъ, обратить къ чистому раскаянію больше милостью и увѣщаніемъ и надлежащимъ розысканіемъ по происшедшимъ въ разныя времена околичностямъ, нежели строгостями и истязаніями; нужно стараться какъ возможно при такихъ обстоятельствахъ кровопролитіе уменьшать и только въ крайности къ пыткѣ прибѣгать».

Затѣмъ, въ царствованіе Елизаветы и въ началѣ царствованія Императрицы Екатерины II, эта комиссія продолжала свое существованіе, исправляя по частямъ первоначальный проектъ; работы ея прекратились только въ 1767 г., когда явилась новая выборная комиссія по составленію уложенія.

52. Къ попыткамъ второй группы относится, прежде всего, знаменитый воинскій уставъ Петра I, 1716 г. Марта 30. Хотя этотъ уставъ, по назначенію своему, относился до людей ратныхъ, но, по указу 10 Апрѣля 1716 г. (п. с. з. 3010), онъ былъ разосланъ по губерніямъ и канцеляріямъ для руководства, при рѣшеніи дѣлъ общихъ, причемъ онъ, однако, не отмѣнялъ уложенія Алексѣя Михайловича, а долженъ былъ примѣняться одновременно съ нимъ. На этомъ основаніи уставъ воинскій не можетъ быть обойденъ молчаніемъ при обозрѣніи общихъ источниковъ нашего уголовнаго законодательства [1]).

Конечно, не весь воинскій уставъ относится къ исторіи уголовнаго законодательства, но сюда принадлежатъ: во-1-хъ, помѣщенный въ 1-й книгѣ (уставъ о должностяхъ) патентъ о поединкахъ; во-2-хъ, артикулъ воинскій съ краткимъ толкованіемъ и въ-3-хъ, краткое изображеніе воинскихъ процессовъ или тяжбъ.

Воинскій артикулъ заимствованъ изъ иностранныхъ источниковъ, а именно въ основу его положены шведскіе артикулы Густава Адольфа, въ ихъ позднѣйшей обработкѣ 1683 г. (при Карлѣ XI), но съ значительными отступленіями, какъ въ системѣ наказаній, болѣе суровыхъ, такъ и въ опредѣлительной части; кромѣ того, въ артикулѣ прибавлены толкованія на каждую статью. Всѣ эти измѣненія и дополненія дѣлались по разнообразнымъ европейскимъ уголовнымъ законамъ, включая сюда и имперскіе нѣмецкіе законы, и уставы датскій и голландскій, и ордонансы Людовика XIV; воинскій же процессъ былъ обработанъ самостоятельно. Такимъ образомъ, воинскій уставъ нельзя назвать переводомъ съ опредѣленнаго памятника, а скорѣе компиляціею по иностраннымъ источникамъ; подготовлялся онъ многими лицами, вѣроятно, первоначально на нѣмецкомъ языкѣ [2]); затѣмъ, сведенный матеріалъ былъ переведенъ на русскій и въ этомъ видѣ несомнѣнно исправлялся самимъ Императоромъ, причемъ со стороны слога справщикомъ былъ кабинетъ-секретарь Макаровъ; потомъ уставъ былъ разсмотрѣнъ Сенатомъ, и утвержденъ Императоромъ въ Данцигѣ 30 Марта. Печатался онъ съ русскаго текста [3]); но чужеземное происхожденіе устава отражается какъ на его языкѣ, изобилующемъ нерусскими выраженіями и оборотами, благодаря чему его нельзя часто уразумѣть безъ нѣмецкаго контекста, такъ и въ его содержаніи, въ особенности въ обрисовкѣ отдѣльныхъ преступленій и въ системѣ казней.

Въ общемъ взглядѣ на сущность преступленія, законодательство Петра Великаго развивало воззрѣнія уложенія, только отдаляя на второй планъ религіозное значеніе преступныхъ дѣяній. Преступленіе было ослушаніемъ воли царевой. При условіяхъ преобразовательной дѣятельности Петра, при могучей ломкѣ всего государственнаго строя, неисполненіе его желаній и требованій было не только неуваженіемъ къ запретамъ всемогущей верховной власти, но и отрицаніемъ самыхъ основъ обновленія Россіи: такіе ослушники были враги всего государственнаго порядка, вредители

---

[1]) См. о воинскомъ уставѣ у М. И. Розенгейма, Очеркъ исторіи военно-судныхъ учрежденій въ Россіи до кончины Петра Великаго, 1878 г.; въ особенности же изслѣдованія П. Бобровскаго: Происхожденіе воинскихъ артикуловъ, въ журн. гражд. и угол. пр. за 1881 г., № 3; его же, Военное право въ Россіи при Петрѣ Великомъ, 1882—1886; его же, Рукописные и первопечатные законы Петра Великаго, 1887 г. Также, Н. Неклюдовъ, Приложеніе къ учебнику Бернера, стр. 237 и сл.; А. Филипповъ, О наказаніи по законодательству Петра Великаго, 1891 г., въ особенности стр. 387 и сл.

[2]) Такъ и г. Бобровскій признаетъ (1, XII), что черновыя рукописи по разнымъ источникамъ первоначально были писаны на нѣмецкомъ языкѣ и что эта обработка (2, XX) была поручена оберъ-аудитору саксонцу Эрнсту Кромпену. Ср. Бобровскій, Описаніе, стр. 12. Окончательный переводъ текста артикуловъ и толкованія съ русскаго на нѣмецкій языкъ былъ сдѣланъ барономъ Гюйсеномъ, извѣстнымъ защитникомъ и хвалителемъ Петра въ иноземной прессѣ.

[3]) Полный русскій текстъ съ собственноручными поправками Императора хранится въ библіотекѣ Главнаго Штаба. Первое изданіе второй и третьей книгъ устава 26 Апр. 1715 г. вышло на одномъ русскомъ языкѣ, а второе, въ Ноябрѣ того же года, согласно указу 10 Апрѣля, на русскомъ и нѣмецкомъ; первое полное изданіе устава вышло въ 1719 г.

интересамъ государственнымъ, а интересъ государственный долженъ быть рѣзко отличенъ отъ интересовъ партикулярныхъ. Какъ говоритъ указъ 22 Января 1724 г. (п. с. з. 4436): «сказать во всемъ государствѣ (дабы невѣдѣніемъ никто не отговаривался), что всѣ повредители и преступники интересовъ государственныхъ со вымыслу, кромѣ простоты какой, такихъ безо всякія пощады казнить смертію, деревни и животы брать, а ежели кто пощадитъ, тотъ самъ тою казнію казненъ будетъ; для того надобно изъяснить интересы государственные для вразумленія людямъ, а партикулярныя прегрѣшенія оставлять на старыхъ штрафахъ и на разсужденіи сената». Защитники старины, ея порядковъ и обычаевъ, какъ вредители государственные, были преступнѣе убійцъ и разбойниковъ. Прежде, въ эпоху уложенія, стрижка бородъ и усовъ считалась дѣломъ грѣховнымъ и виновные въ томъ отсылались къ духовнымъ властямъ; теперь ношеніе бородъ считается уголовнымъ преступленіемъ. Указъ 29 Декабря 1714 г. (п. с. з. 2874) повелѣваетъ, чтобы русскимъ платьемъ и сапогами не торговали и никто такихъ платьевъ и бородъ не носилъ и за такія ихъ преступленія учинено будетъ жестокое наказаніе, сосланы будутъ на каторгу, а имѣніе ихъ движимое и недвижимое взято будетъ на великаго государя безо всякія пощады, а указъ 1 Сентября 1715 г. (п. с. з. 2929) кстати добавлялъ, что на каторгу будутъ сосланы всѣ тѣ, которые будутъ торговать скобками и гвоздями, употребляемыми для подбоя русской обуви. Плохо отстраивалась вновь устрояемая резиденція, Петербургъ—и указъ 1714 г. (п. с. з. 2848) запрещаетъ во всемъ государствѣ строить каменные дома, понеже въ С.-Петербургѣ каменныя строенія зѣло медленно строятся отъ того, что каменьщиковъ и прочихъ художниковъ того дѣла достать трудно; запрещаются эти каменныя постройки подъ угрозою жестокаго наказанія—разоренія всего имѣнія и ссылки, а въ 1719 г. повелѣвается всѣ каменные дома, отстроенные послѣ 1714 г., отбирать въ казну, а хозяевамъ домовъ о томъ, когда они выстроены, велѣно сказывать правду, подъ угрозою смертной казни и т. п.

Воинскій уставъ стоялъ на тѣхъ же началахъ, на томъ же признаніи всесилія власти, а потому строгія, даже непомѣрно строгія, сравнительно съ уложеніемъ, наказанія назначались ослушникамъ и противникамъ самодержавной власти. Четвертованіе и конфискація за государственныя преступленія производились и надъ тѣми, которыхъ воля и хотѣніе къ тому были, равно какъ и надъ недоносителями: «кто противъ Его Величества особы хулительными словами погрѣшитъ, его дѣйствіе и намѣреніе презирать и непристойнымъ образомъ о томъ разсуждать будетъ, оный имѣетъ живота лишенъ быть и отсѣченіемъ головы казненъ, ибо Его Величество есть самовластный монархъ, который никому на свѣтѣ о своихъ дѣлахъ отвѣту дать не долженъ, но силу и власть имѣетъ свои государства и земли, яко христіанскій государь, по своей волѣ и благомнѣнію управлять» (арт. XX съ толк.).

Воинскій уставъ значительно дополнилъ область преступныхъ дѣяній, введя постановленія по такимъ проступкамъ, о которыхъ прежніе законы или вовсе ничего не говорили, или говорили весьма кратко, или даже и по такимъ, которые едва ли въ эпоху устава были извѣстны въ русской жизни. Такъ, въ области религіозныхъ преступленій воинскій уставъ содержитъ подробныя постановленія о суевѣрныхъ преступленіяхъ; артикулъ 1-й говоритъ: «и ежели кто изъ воинскихъ людей найдется идолопоклонникъ, чернокнижецъ, ружья заговоритель, суевѣрный и богохулительный чародѣй, оный, по состоянію дѣла... въ жестокомъ заключеніи въ желѣзахъ, гоняніемъ шпицрутенъ наказанъ или весьма сожженъ имѣетъ быть», а толкованіе прибавляетъ: наказаніе сожженія есть обыкновенная казнь чернокнижцамъ, ежели оный своимъ чародѣйствомъ вредъ кому учинилъ, или дѣйствительно съ дьяволомъ обязательство имѣетъ.

Въ области посягательствъ частныхъ въ первый разъ являются свѣтскія взысканія за самоубійство, какъ оконченное, такъ и неоконченное: «ежели кто самъ себя убьетъ, то надлежитъ палачу тѣло его въ безчестное мѣсто отволочь и тамъ закопать, волоча по улицѣ или обозу»; за покушеніе на самоубійство, если оно было учинено не въ припадкѣ огневыхъ или меланхолическихъ болѣзней и не было слѣдствіемъ муки или досады,—назначается смертная казнь. Являются подробныя правила о посягательствахъ на честь, напр., за распространеніе пасквилей или ругательныхъ писемъ, доброму имени нѣкій стыдъ причиняющихъ; равнымъ образомъ, артикулы опредѣляютъ строгія наказанія за оскорбленіе, въ особенности за обиды реальныя. Въ связи съ этимъ находятся суровыя взысканія за поединки, постановленія тѣмъ болѣе любопытныя, что русская жизнь въ то время и не

знала европейскаго поединка, отдѣльные же случаи дуэли, если и встрѣчались, то только въ иноземныхъ наемныхъ войскахъ.

Въ ученіи о юридическомъ составѣ преступленія продолжали выясняться его существенные элементы, въ особенности, напр., условія вмѣненія и вмѣняемости,—объ обстоятельствахъ, вліяющихъ на мѣру отвѣтственности и т. д.; между прочимъ, впервые было внесено въ наше право постановленіе о признаніи опьянѣнія обстоятельствомъ, усиливающимъ вину: «когда кто пьянъ напьется и въ пьянствѣ своемъ, что злое учинитъ, тогда тотъ не токмо, что бы въ томъ извиненіемъ прощеніе получилъ, но по винѣ вящшею жестокостью наказанъ имѣетъ быть». Далѣе, въ артикулахъ впервые въ нашемъ правѣ появляются постановленія о причинной связи, какъ условіи вмѣненія результатовъ и т. д.

Основная идея наказанія по законодательству Петра Великаго, какъ и по уложенію, было—устрашеніе другихъ примѣромъ, но къ ней начинаетъ присоединяться новое начало, вполнѣ соотвѣтствующее всей государственной дѣятельности Петра Великаго, извлеченіе изъ наказанія, изъ преступныхъ рабочихъ рукъ, изъ подневольнаго труда выгодъ для государства. Въ системѣ наказаній преобладаетъ смертная казнь. Она расточается такою щедрою рукою, что далеко оставляетъ за собою уложеніе царя Алексѣя Михайловича; при этомъ въ законѣ упоминаются новые виды и простой, и квалифицированной казни, о которыхъ уложеніе умалчивало. Такъ, появляется разстрѣляніе или аркебузированіе, колесованіе, четвертованіе, отсѣченіе головы съ предварительнымъ прожженіемъ или прокалываніемъ языка; въ изобиліи разбросаны по уставу членовредительныя наказанія; изъ наказаній лишеніемъ свободы появляются арестъ съ закованіемъ въ желѣзо и ссылка на каторгу, на работы на берегу или на галеры, во время нужды въ рабочихъ рукахъ, получающихъ особое распространеніе; крайне разнообразны въ воинскомъ уставѣ осрамительныя наказанія: ношеніе на себѣ извѣстныхъ предметовъ, вожденіе на ослѣ, раздѣваніе до гола палачемъ блудницъ и т. д. Въ эпоху же воинскаго устава слагается у насъ лишеніе всѣхъ правъ состоянія: въ уставѣ—въ видѣ шельмованія, въ духовномъ регламентѣ—въ видѣ анафемы.

Въ нѣсколько измѣненномъ видѣ постановленія воинскаго устава были повторены въ морскомъ уставѣ 13 Января 1720 (п. с. з. 3485), также составленномъ на основаніи иноземныхъ законодательствъ.

Къ такому же заимствованію изъ иноземныхъ источниковъ были направлены работы послѣдней комиссіи эпохи Петра Великаго, а именно комиссіи 1720 г. [1]) 9 Декабря 1719 г. въ сенатъ былъ присланъ именной указъ, чтобъ съ 7 Января 1720 года начать слушать шведское уложеніе и для этого положить, по сколько дней и часовъ заниматься этимъ слушаніемъ сенату, чтобы окончить къ концу Октября того же года. Далѣе, въ указѣ говорилось: которые пункты шведскаго уложенія покажутся несходны къ нашему народу, то противъ нихъ взять изъ стараго уложенія или сочинить новые пункты, а также, ежели которые пункты стараго уложенія будутъ лучше шведскихъ, то и ихъ выписать; а для помѣстныхъ дѣлъ взять права лифляндскія и эстляндскія, ибо они ближе къ нашимъ; за непредставленіе сего къ означенному сроку указъ угрожалъ жестокимъ наказаніемъ. Но, несмотря на эту угрозу, сенатъ только черезъ семь мѣсяцевъ составилъ комиссію для исполненія этого Высочайшаго повелѣнія, а сама эта комиссія такъ и не сочинила новаго уложенія на манеръ шведскаго, а прошла безслѣдно, просуществовавъ до самой смерти Петра Великаго; затѣмъ возобновленная при Екатеринѣ I, комиссія окончательно прекратилась въ 1827 г. [2]).

53. Къ третьей группѣ относятся попытки построить наше законодательство на отвлеченныхъ началахъ, независимо какъ отъ русскаго историческаго матеріала, такъ и отъ опредѣленнаго иностраннаго кодекса.

---

[1]) См. Латкинъ, стр. 20 и сл.; указъ объ учиненіи свода шведскихъ законовъ съ русскими состоялся 9 Мая 1718 (п. с. з. 3202).

[2]) Комиссія 1720 г. такъ же, какъ палата объ уложеніи 1708 г. составила манифестъ о введеніи уложенія въ дѣйствіе и сверхъ того любопытный документъ—предисловіе къ доброхотному читателю. См. текстъ у Латкина, стр. 35—38.

Первое мѣсто въ этомъ отношеніи принадлежитъ Екатерининской комиссіи для составленія проекта новаго уложенія 1767 г. [1]). Манифестомъ 14 Декабря 1766 г. разныя сословія и учрежденія имперіи были призваны прислать выборныхъ въ комиссію, не только для того, чтобы отъ нихъ выслушать нужды и недостатки каждаго мѣста, но, какъ сказано въ манифестѣ, «допущены они быть имѣютъ въ комиссію, которой дадимъ наказъ для заготовленія проекта новаго уложенія къ поднесенію намъ для конфирмаціи... Понеже наше первое желаніе есть видѣти нашъ народъ столь счастливымъ и довольнымъ, сколь далеко человѣческое счастіе и довольство можетъ на сей землѣ простираться». Какъ говорилъ наказъ (ст. 520): «Боже сохрани, чтобы послѣ окончанія сего законодательства былъ какой народъ больше справедливъ и больше процвѣтающъ на землѣ; намѣреніе законовъ нашихъ было бы неисполнено, несчастіе, до коего я дожить не желаю».

Какъ замѣчаетъ проф. Сергѣевичъ (стр. 769), комиссія была созвана для сочиненія проекта уложенія по всѣмъ частямъ законодательства и притомъ новаго во всѣхъ своихъ частяхъ. Россія разсматривалась Екатериною II, какъ бы неимѣющею никакого гражданскаго порядка, а потому все надлежало дать вновь. «Надлежитъ установить порядокъ неподвижный для наслѣдованія», «полезно сдѣлать учрежденіе объ опекунствѣ»—таковъ языкъ наказа комиссіи. Можно подумать, что общество, для котораго написаны эти правила, не знаетъ ни наслѣдованія, ни учрежденія опеки, и что всѣ правила гражданскаго общежитія приходилось для него творить изъ ничего. Такъ взглянули на свою законодательную задачу и многіе депутаты: «нѣтъ другаго зерцала, какъ, во-первыхъ, наказъ, а потомъ здравый разсудокъ, любовь къ отечеству и должная благодарность къ строительницѣ блаженства нашего».

Въ комиссію должны были быть присланы депутаты отъ высшихъ присутственныхъ мѣстъ, отъ сословій, включая сюда и пахатныхъ солдатъ, разныхъ служилыхъ людей, государственныхъ—черносошныхъ и ясачныхъ крестьянъ, инородцевъ некочующихъ, казаковъ; не было только, благодаря вліянію вѣка, депутатовъ отъ духовенства, а равно и отъ несвободныхъ крестьянъ, какъ лицъ не полноправныхъ. Отъ городовъ, отъ каждаго было по 1 депутату, несмотря на различіе ихъ по населенности, и несмотря на разнообразіе въ большихъ городахъ состава городскаго населенія съ разнообразными его интересами.

Депутаты должны были быть не моложе 25 лѣтъ, честнаго и незазорнаго поведенія, не бывшіе ни въ какихъ штрафахъ, подозрѣніяхъ или порокахъ. Они получали жалованіе отъ правительства; на всю жизнь освобождались отъ смертной казни, отъ пытокъ, тѣлесныхъ наказаній и конфискаціи; депутатамъ давались особые знаки—гербы. Избранія ихъ производились баллотировкою; каждый депутатъ получалъ отъ избирателей полномочіе и наказъ о ихъ нуждахъ. Всѣхъ депутатовъ собралось 564. При открытіи депутатскаго собранія предсѣдательствовалъ генералъ-прокуроръ князь Вяземскій, а потомъ избранный комиссіею маршалъ Бибиковъ; засѣданія происходили по изданному Императрицею особому обряду управленія комиссіею; комиссія раздѣлялась на общее собраніе и частныя комиссіи, числомъ 19, изъ коихъ 16 занимались составленіемъ проектовъ.

30 Іюля 1767 г. было торжественное открытіе комиссіи, а на другой день ея первое засѣданіе. Всѣхъ общихъ засѣданій было 203. Нынѣ публикованныя дневныя записки комиссіи съ наглядностью показываютъ, что она не могла придти ни къ какимъ результатамъ, не только по необъятности и неопредѣленности задачи, ей поставленной, не только по отсутствію какихъ либо подготовительныхъ работъ для пятисотъ разнокультурныхъ, разноплеменныхъ и даже разноязычныхъ законодателей, но и по слишкомъ отвлеченному, безпочвенному характеру общаго наказа, столь разнствующаго во многомъ отъ дѣловыхъ, но за то часто узко сословныхъ и мѣстныхъ стремленій отдѣльныхъ депутатскихъ наказовъ и даже по отсутствію какого либо обдуманнаго плана и порядка въ занятіяхъ. Общее собра-

---

[1]) Любопытнѣйшіе матеріалы этой комиссіи, заключающіе въ себѣ наказы депутатамъ, порядокъ ихъ выбора и журналы комиссіи, печатаются въ сборникѣ историческаго общества, сначала подъ редакціею Д. В. Полѣнова, а потомъ подъ редакціею В. И. Сергѣевича. Обзоръ дѣятельности комиссіи у В. Сергѣевича, Лекціи, стр. 763; С. В. Пахманъ, Исторія кодификаціи, I, стр. 257 и сл.; В. Латкинъ, Комиссія, стр. 185 и сл.

ніе, такъ сказать, металось изъ стороны въ сторону. Не окончивши одного вопроса, переходило къ другому: то почитаетъ отрывки изъ разныхъ законовъ и указовъ, то займется слушаніемъ отдѣльныхъ наказовъ; то ведутся безконечныя пренія безъ всякаго голосованія, то приступаютъ къ голосованію важныхъ проектовъ безъ преній, какъ, напр., проекта о правахъ благородныхъ. Распорядительство было хаотическое: маршалъ комиссіи блистательно доказалъ, что онъ не понималъ важности той роли, которая на него выпала, и былъ совершенно непригоденъ для выполненія своихъ обязанностей.

14 Декабря 1767 г. комиссія была переведена въ Петербургъ и 18 Декабря 1768 г., черезъ 1½ года послѣ открытія, маршалъ Бибиковъ объявилъ указъ, что по поводу войны турецкой общее собраніе распускается (но не прекращается), и остаются однѣ частныя комиссіи, которыя просуществовали до 1774 г.; между прочимъ, продолжала существовать и комиссія юстиціи, которая выработала нѣсколько главъ уголовнаго уложенія, еще и нынѣ не опубликованныхъ [1]).

Величавая попытка Императрицы Екатерины Великой не дала непосредственныхъ результатовъ; но было бы неправильно утверждать, что она не имѣла никакого вліянія на общій дальнѣйшій ходъ нашего законодательства. Во-1-хъ, работы отдѣльныхъ комиссій и ихъ проекты непосредственно повліяли на нѣкоторые сепаратные законы екатерининскаго времени, какъ, напр., на жалованную грамоту дворянству. Во-2-хъ, комиссія дала возможность самой Императрицѣ ближе ознакомиться съ русскою жизнью, ея интересами и міровоззрѣніемъ; какъ говорила она: «комиссія уложенія, бывъ въ собраніи, подала мнѣ свѣтъ и свѣдѣнія о всей имперіи, съ кѣмъ дѣло имѣемъ и о комъ пещись должно... стали многіе о цвѣтахъ судить по цвѣтамъ, а не яко слѣпые о цвѣтахъ». Наконецъ, въ-3-хъ, спеціально въ области уголовнаго законодательства несомнѣнное вліяніе на дальнѣйшее его развитіе оказалъ наказъ, данный комиссіи, такъ какъ многія изъ его положеній послужили основою дальнѣйшихъ преобразованій эпохи Екатерины II и Александра I, а нѣкоторыя даже буквально повторены въ сводѣ законовъ, именно въ законахъ основныхъ.

Поэтому понятно, что, при обзорѣ исторіи нашего уголовнаго законодательства, нельзя миновать наказа, несмотря на то, что самъ по себѣ наказъ есть памятникъ теоретическій, а не практическій [2]).

Императрица Екатерина II говоритъ въ своихъ запискахъ: «найдя, что многоразличіе указовъ и противорѣчіе ихъ составляетъ главную причину гражданскихъ несовершенствъ, въ первые годы начала читать, а потомъ писать и писала его 1½ года, никому не показывая, но слѣдуя единственно уму и сердцу своему и ревностнѣйшему желанію пользы, чести и счастія Имперіи...., а затѣмъ стала казать людямъ разнымъ, всякому по способностямъ». Наказъ былъ написанъ большею частью по-французски, и только незначительная часть по-русски; онъ былъ переведенъ на всѣ европейскіе языки, на нѣкоторыхъ (французскомъ, нѣмецкомъ, итальянскомъ) имѣлъ нѣсколько изданій [3]).

---

[1]) Въ моей библіотекѣ есть небольшая брошюра неизвѣстнаго автора Zur Minderung des menschlichen Elends, напечатанная въ Данцигѣ въ 1775 г., въ которую вошелъ между прочимъ: Entwurf einer Beantwortung der vom russisch-Kaiserlichen Rechtscollegium zu Moscau aufgegebenen Fragen (стр. 1—102), безъ всякаго поясненія, гдѣ и когда были сдѣланы эти вопросы. Отвѣты даны не на всѣ вопросы, а только на 1, 2, 4—8, и нѣкоторые изъ нихъ весьма интересны: такъ 1-й— откуда происходятъ тѣлесныя наказанія и на чемъ основывается право наказывать вообще? шестой— нужна ли смертная казнь для безопасности и добраго порядка въ гражданскомъ обществѣ? Не была ли эта работа отвѣтомъ на вопросы, предложенные юстицъ-комиссіею?

[2]) Городисскій (А. Кистяковскій), Вліяніе Беккаріа на русское уголовное право, въ Ж. М. Ю. 1864 г.; А. Кистяковскій, О наказѣ, въ кіевск. унив. извѣст. 1864 г.; Соловьевъ, Разсказы изъ русской исторіи, въ Русск. Вѣст. за 1861 г., № 1; Г. Елисѣевъ, О наказѣ, въ Отечественныхъ Запискахъ за 1868 г. № 1; П. Неклюдовъ, Приложенія къ учебн. Бернера, стр. 256 и сл.

[3]) Такъ, она показывала наказъ Г. Г. Орлову, Н. И. Панину и многимъ духовнымъ лицамъ. Затѣмъ, какъ говоритъ Екатерина, въ 1767 г., въ Февралѣ, Мартѣ и Апрѣлѣ, въ Коломенскомъ дворцѣ она собрала лицъ разнаго образа мыслей, заставила ихъ читать наказъ по статьямъ и дала волю измѣнять и вычеркивать все, что найдутъ нужнымъ. Такимъ образомъ, по ея словамъ, было исключено болѣе половины написаннаго. Между прочимъ, значительно были сокращены статьи о крѣпостныхъ крестьянахъ.

Книгами, которыя по преимуществу читала Императрица и изъ которыхъ выдержки переводилъ ея секретарь Григорій Козицкій, были труды энциклопедистовъ и творенія Монтескье и Беккаріа [1]). Конечно, двухлѣтнее чтеніе лица, неподготовленнаго спеціально къ такимъ работамъ, во многихъ отношеніяхъ должно было быть поверхностнымъ; самая идея объединить въ одно цѣлое начала Монтескье и энциклопедистовъ показываетъ недостаточную продуманность основнаго плана, но все это не уничтожаетъ ни значенія наказа въ исторіи нашего права, ни заслугъ его автора [2]). Усвоеніе и переработка началъ и принциповъ, бывшихъ въ то время еще достояніемъ немногихъ, требовали глубокаго вдумчиваго ума, а Екатерина внесла въ наказъ много и своихъ мыслей. Съ другой стороны, если наказъ и не получилъ непосредственнаго практическаго осуществленія, то онъ, все-таки, не могъ не произвести сильное нравственное реформирующее вліяніе на тѣхъ, для кого онъ предназначался. Депутаты, взросшіе подъ властью артикуловъ и приказной практики, разумѣется, не могли создать законоположеній, соотвѣтствующихъ предначертаніямъ Екатерины; но они не могли не быть поражены многими изъ этихъ идей, простыхъ по своему содержанію, изложенныхъ ясно и вразумительно, и притомъ исходящихъ отъ представителя власти верховной, безпрекословное подчиненіе коей было уже принципомъ ихъ дѣятельности: наказъ подготовлялъ умы къ реформамъ.

Наказъ проводитъ новый взглядъ на самую сущность преступленія, отказываясь отъ прежняго воззрѣнія на него, какъ на простое ослушаніе воли царевой. Находя, что Россія, какъ пространное государство, предполагаетъ самодержавную власть въ той особѣ, которая онымъ правитъ, что всякое другое правленіе не только было бы Россіи вредно, но и въ конецъ разорительно, наказъ прибавляетъ далѣе (ст. 13): «какой предлогъ самодержавнаго правительства? Не тотъ, чтобы у людей отнять естественную ихъ вольность, но чтобы дѣйствія ихъ направить къ полученію самаго бо́льшаго отъ всѣхъ добра»; «надлежитъ, продолжаетъ далѣе наказъ, чтобы законы, поелику возможно, предохраняли безопасность каждаго особо гражданина; равенство всѣхъ гражданъ состоитъ въ томъ, чтобы всѣ подвержены были тѣмъ же законамъ; общественная или государственная вольность не въ томъ состоитъ, чтобы дѣлать все, что кому угодно, а вольность есть право все то дѣлать, что законы дозволяютъ; и ежели бы гдѣ какой гражданинъ могъ дѣлать законами запрещаемое, тамъ бы уже больше вольности не было: ибо и другіе имѣли бы равнымъ образомъ сію власть».

Далѣе, опредѣляя, какія дѣянія должны быть почитаемы противозаконными, наказъ говоритъ (ст. 41): «ничего не должно запрещать законами кромѣ того, что можетъ быть вредно или каждому особенному или всему обществу. Всѣ дѣйствія, ничего такого въ себѣ не заключающія, ни мало не подлежатъ законамъ, которые не съ инымъ намѣреніемъ установлены, какъ только, чтобы сдѣлать самое большое спокойствіе и пользу людямъ,

---

[1]) По разсчету Кистяковскаго, около 100 статей взято у Беккаріа и около 250 изъ Монтескье. Впрочемъ, сама Екатерина не скрывала своихъ заимствованій. Въ одномъ изъ писемъ къ Даламберу она говоритъ: «вы увидѣли изъ наказа, какъ тамъ, на пользу моей Имперіи, я обобрала президента Монтескье, не называя его. Надѣюсь, что если бы онъ съ того свѣта увидѣлъ меня работающею, то простилъ бы эту литературную кражу во благо двадцати милліоновъ людей, которое изъ того должно послѣдовать. Онъ слишкомъ любилъ человѣчество, чтобы поставить мнѣ это въ вину». Также скромно относится Екатерина къ своей дѣятельности по составленію наказа въ письмѣ къ Фридриху Великому: «въ этомъ сочиненіи мнѣ принадлежитъ только расположеніе матеріала и, то здѣсь, то тамъ, одна строчка, одно слово; если собрать все, что я прибавила, я не думаю, чтобы вышло болѣе двухъ, трехъ листовъ». С. Зарудный въ переводѣ книги Беккаріа дѣлаетъ сопоставленіе мѣстъ наказа съ соотвѣтствующими мѣстами изъ сочиненія Беккаріа, но несравненно интереснѣе былъ бы критическій анализъ не только того, что заимствовано наказомъ, а того, что при этомъ заимствованіи не взято составительницею наказа. Нѣкоторыя указанія въ этомъ смыслѣ по отношенію къ заимствованіямъ изъ книги Монтескье, «Духъ законовъ», сдѣланы пр. Сергѣевичемъ въ его лекціяхъ, а по отношенію къ постановленіямъ наказа о крестьянахъ и В. Семевскимъ, Крестьянскій вопросъ въ Россіи 1888, I, глава IV.

[2]) Такой криминалистъ, какъ Hommel въ его Philosophische Gedanken über Kriminalrecht 1784 г. (изданіе Rössig), § 31, ставитъ Екатерину наравнѣ съ Беккаріа и Томазіемъ.

подъ сими законами живущимъ». Такимъ образомъ, преступленіе, по наказу, есть дѣяніе, направленное противъ общаго блага; охрана общественнаго спокойствія и забота о народномъ благосостояніи—вотъ цѣль законодательства.

Существенныя измѣненія внесены наказомъ и въ характеристику отдѣльныхъ преступленій.

Такъ, въ области религіозныхъ преступленій, наказъ стремится выдѣлить въ особую группу всѣ посягательства, которыя заключаютъ въ себѣ только помѣшательство отправленію богослуженія. Затѣмъ, Екатерина пытается ввести въ законы принципъ вѣротерпимости: «гоненіе, говоритъ наказъ (ст. 496), человѣческіе умы раздражаетъ, а дозволеніе вѣровать по своему закону умягчаетъ и самыя жестоковыйныя сердца и отводитъ ихъ отъ заматерѣлаго упорства, утушая споры ихъ, противные тишинѣ государства и соединенію гражданъ».

Въ понятіи о государственныхъ преступленіяхъ наказъ старается устранить введенное уложеніемъ и артикулами отождествленіе посягательствъ и замысловъ, а равно стремится ограничить самое понятіе государственныхъ преступленій, отдѣливъ отъ нихъ все то, что только отдаленнымъ образомъ связано съ бытіемъ государственнымъ. «Называть преступленіемъ, до оскорбленія Величества касающимся, такое дѣйствіе, которое въ самой вещи онаго въ себѣ не заключаетъ, есть самое насильственное злоупотребленіе. Ни что не дѣлаетъ преступленія въ оскорбленіи Величества больше зависящимъ отъ толка и воли другаго, какъ когда нескромныя слова бываютъ онаго содержаніемъ; разговоры столько подвержены истолкованіямъ: толь велікое различіе между нескромностью и злобою, и толь малая разнота между выраженіями, отъ нескромности и злобы употребляемыми, что законъ никоимъ образомъ не можетъ словъ подвергнуть смертной казни, по крайней мѣрѣ, не означивши точно тѣхъ словъ, которыя онъ сей казни подвергаетъ».

Въ ученіи о наказаніи на первый планъ выдвигается идея о предупрежденіи преступленій. «Предупрежденіе преступленій есть намѣреніе и конецъ всякаго хорошаго законоположничества, которое ничто иное есть, какъ искусство приводить людей къ самому совершенному благу, или оставлять между ними, если всего искоренить невозможно, самое малѣйшее зло. Хотите ли предупредить преступленія? Сдѣлайте, чтобы законы меньше благодѣтельствовали разнымъ между гражданами чинамъ, нежели всякому особо гражданину, сдѣлайте, чтобы люди боялись законовъ и никого кромѣ законовъ не боялись, сдѣлайте, чтобы просвѣщеніе распространилось между людьми».

Наказаніе по своей цѣли—это препятствованіе возгнѣздиться преступленію, а по своему содержанію—это трудъ и болѣзнь.

Законы не происходятъ единственно отъ власти и всякое наказаніе, налагаемое не по необходимости, есть тиранское.

Наказаніе должно быть кротко (ст. 87 и слѣд.). «Не надобно вести людей путями самыми крайними; надлежитъ съ бережливостью употреблять средства, естествомъ намъ подаваемыя для препровожденія оныхъ къ намѣреваемому концу. Испытайте со вниманіемъ вину всѣхъ послабленій, увидите, что она происходитъ отъ ненаказанія преступленій, а не отъ умѣренности наказаній. Извѣстіе и о маломъ неизбѣжномъ наказаніи сильнѣе впечатлѣвается въ сердцѣ, нежели строгія жестокія казни, совокупныя съ надеждою избѣжать оныя. И ежели найдется страна, гдѣ люди инако не воздерживаются отъ пороковъ, какъ только суровыми казнями, опять вѣдайте, что сіе происходитъ отъ насильства правленія, которое установило сіи казни за малыя погрѣшности».

«Поэтому необходимо, чтобы наказанія впечатлѣвали бы въ сердцахъ людскихъ начертаніе самое живое и долго пребывающее и въ то же время были менѣе люты надъ преступниковымъ тѣломъ. Гражданская вольность тогда торжествуетъ, когда законы на преступниковъ выводятъ всякое наказаніе изъ особливаго каждому преступленію свойства: все произвольное въ наложеніи наказанія исчезаетъ. Наказаніе не должно происходить отъ прихоти законоположника, но отъ самой вещи; и не человѣкъ долженъ дѣлать насиліе человѣку, но собственное человѣка дѣйствіе. Смертная казнь есть нѣкоторое лекарство больнаго общества. Частое употребленіе казней никогда не имѣло послѣдствіемъ исправленіе или улучшеніе людей. Въ обыкновенномъ состояніи общества смерть гражданина потребна только въ одномъ случаѣ, когда онъ, будучи лишенъ свободы, имѣетъ тѣмъ не менѣе средство и власть, могущія возмутить народное спокойствіе; случай же сей можетъ имѣть мѣсто

только тогда, когда народъ теряетъ или возвращаетъ свою свободу, или во время безначалія, когда самый безпорядокъ заступаетъ мѣсто закона».

«Употребленіе пытокъ противно здравому естественному разсужденію; само человѣчество вопіетъ противъ оныхъ и требуетъ, чтобы онѣ были вовсе уничтожены».

«Всѣ наказанія, которыя тѣло человѣческое изуродовать могутъ, должны быть отмѣнены».

Въ юридической конструкціи преступленія попрежнему разработывается субъективная сторона, виновность, но въ то же время наказъ становится врагомъ всякаго судебнаго произвола, требуя, чтобы судьи были только точными и слѣпыми исполнителями закона.

54. Другимъ представителемъ законодательныхъ трудовъ того же направленія являются работы комиссіи царствованія Императора Александра I.

Молодому императору пришлось начать царствованіе съ поправокъ неисчисленныхъ поврежденій, причиненныхъ 4-хъ лѣтнимъ циклономъ, пронесшимся надъ Россіею, въ особенности надъ ея интеллигентною жизнью, пришлось изглаживать слѣды правленія, когда по выраженію современника, повторялись зады Ивана IV, господствовало «затмѣніе свыше», когда, какъ писалъ самъ наслѣдникъ престола, «въ правленіи дѣлами существовала только неограниченная власть, все дѣлающая шиворотъ на выворотъ»[1]). Въ вихрѣ ничѣмъ не сдерживаемой стихійной силы съ невѣроятною быстротою падали люди, занесенные въ скрижали исторіи Россіи, и возвышались дѣти случая, нерѣдко неопрятной нравственности, безграмотные и безсердечные; помимо дѣтской борьбы съ круглыми шляпами и отложными воротничками, реформъ солдатскихъ буклей и косъ, шагистики и этикета, попирались права и лицъ и сословій, ломались учрежденія и притомъ не только вызванныя къ жизни въ ненавистное для сына царствованіе Екатерины, но еще при Петрѣ Великомъ перенесенныя къ намъ и уже принявшіяся, дававшія плоды. Произволъ и жестокость сверху, раболѣпіе и страхъ, оцѣпенѣніе жизни внизу—таково было наслѣдье, доставшееся Александру I-му, требовавшее немедленнаго законодательнаго и административнаго распорядка. Независимо отъ начавшагося на другой день по вступленіи на царство освобожденія сотенъ томившихся въ заточеніи жертвъ тайной экспедиціи (уже 15 Марта было освобождено 153 человѣка, а къ 25 Марта—482), возвращенія изгнанныхъ, помилованія тысячъ лицъ, исключенныхъ безъ суда изъ военной и гражданской службы (воспользовавшихся милостями указовъ 13 и 15 Марта было до 12.000 человѣкъ); отмѣны цѣлаго ряда мѣръ и запретовъ, въ родѣ воспрещенія ввоза въ Россію всякаго рода книгъ, на какомъ бы языкѣ они ни были, безъ изъятія, «да равномѣрно и музыки» (указъ 18 Апрѣля 1800 г.; п. с. з. 19387), или закрытія частныхъ типографій, по указу 5 Іюля 1800 г.; возстановленія жалованной грамоты дворянству, городового положенія и т. д., появились указы, свидѣтельствовавшіе не только о желаніи Государя быть преемникомъ великой бабки, но и о стремленіи, правда, не вполнѣ опредѣленномъ, примѣнять усвоенныя въ юности мысли о правахъ человѣка, о единой силѣ равнаго для всѣхъ закона. Уже 2 Апрѣля 1801 г. уничтожена тайная экспедиція и производившіяся въ ней дѣла переданы въ сенатъ и общія уголовныя установленія, на томъ основаніи, какъ говорилось въ указѣ, что въ благоустроенномъ государствѣ всѣ преступленія должны быть объемлемы, судимы и наказуемы общею силою закона; въ день коронаціи была учреждена комиссія для пересмотра прежнихъ уголовныхъ дѣлъ и прежде всего дѣлъ о тѣхъ людяхъ, вины которыхъ важны были только по обстоятельствамъ политическимъ и не предполагали ни умысла, ни разврата, ни безчестныхъ правилъ, ни нарушенія общественнаго и государственнаго порядка, и которые тѣмъ не менѣе были осуждены какъ преступники и сосланы на вѣчное заточеніе. На одной изъ сторонъ коронаціонныхъ медалей было многознаменательное изображеніе: обрѣзокъ колонны съ надписью *законъ*, увѣнчанный императорскою короною (впослѣдствіи гербъ Министерства Юстиціи),

---

1) «Il n'y a qu'un pouvoir absolu qui fait tout à tort et à travers». Ср. Шильдеръ, Александръ I, стр. 159; самъ осторожный баронъ М. А. Корфъ высказалъ, что въ царствованіе Павла Россія обратилась въ Турцію. Еще суровѣе отзывъ Шильдера, Павелъ I-й, стр. 305. Адмиралъ А. С. Шишковъ съ горестью вспоминалъ о «человѣкѣ, который, не вѣдая, что творитъ, мучилъ Богомъ ввѣренное ему царство».

а вокругъ надпись «законъ блаженство всѣхъ и каждаго». 27 Сентября 1801 г. была уничтожена пытка, причемъ въ указѣ было выражено пожеланіе, чтобы самое названіе пытки, стыдъ и укоризну человѣчеству наносящее, изглажено было навсегда изъ памяти народа. Независимо отъ сего, въ ближайшемъ кружкѣ лицъ, приближенныхъ къ государю, который онъ самъ въ шутку назвалъ Comité du salut public, началась подготовка и разсмотрѣніе различныхъ плановъ преобразованія всего государственнаго и юридическаго строя Россіи. Конечно, эта реформаціонная дѣятельность по всѣмъ частямъ управленія государственнаго [1]) не могла не коснуться и преобразованія законовъ гражданскихъ и уголовныхъ, какъ это и было указано въ рескриптѣ Завадовскому, назначенному, хотя и не на долго, предсѣдателемъ комиссіи законовъ (указъ 5 Іюня 1801 г., п. с. з. 19904). Въ 1803 г. при министерствѣ юстиціи была дѣйствительно уже образована, подъ непосредственнымъ руководствомъ Новосильцева, особая комиссія составленія законовъ, на которую возложено: «изъ существующихъ въ Россіи указовъ и постановленій извлечь законы, утвержденные уже печатью народнаго благосостоянія, и утвердить законодательство на непоколебимыхъ основаніяхъ права» [2]). Комиссія съ 1804 г. образовала почти отдѣльное вѣдомство, съ цѣлою іерархіею чиновъ; но главнымъ дѣятелемъ ея былъ главный секретарь и референдарій комиссіи баронъ Розенкампфъ, лифляндецъ родомъ, человѣкъ, получившій теоретическое образованіе за границей, незнавшій совершенно ни Россіи, ни русскаго языка. «Уволивъ, говоритъ баронъ Корфъ, изъ комиссіи бо́льшую часть прежнихъ русскихъ чиновниковъ, онъ замѣстилъ ихъ нѣмцами и французами, въ особенности же наполнилъ составъ ея множествомъ переводчиковъ, необходимыхъ ему по незнанію языка. Потомъ, переходя отъ одного опыта къ другому, то бросаясь въ историческую школу, то составляя къ новому уложенію оглавленія и примѣчанія, почерпнутыя изъ одной теоріи, онъ въ существѣ ничего не производилъ, а только все передѣлывалъ сызнова. Его комиссія подвигалась точно такъ же медленно, какъ и прежнія; въ публикѣ же не могли довольно надивиться, какъ къ составленію уложенія для величайшей въ свѣтѣ имперіи выбранъ, предпочтительно передъ всѣми, человѣкъ, не знающій ни ея законовъ, ни нравовъ и обычаевъ, ни даже языка [3])».

Дѣятельность комиссіи пошла успѣшнѣе, когда въ 1808 г. членомъ совѣта комиссіи былъ назначенъ Сперанскій, сдѣлавшійся потомъ, съ 16 Декабря 1808 г., въ качествѣ товарища министра внутреннихъ дѣлъ, ея руководителемъ. Но направленіе дѣятельности комиссіи оставалось прежнее: также предполагалось основывать законы на чистыхъ началахъ разума, также при начертаніи проекта законовъ помощниками избирались иностранные ученые [4]). Въ одномъ изъ писемъ къ Дюмону (издателю и другу Бентама), Сперанскій въ

---

1) Какъ говорилось въ протоколахъ засѣданія комитета—произвести réforme de l'édifice informe du gouvernement de l'Empire.

2) Докладъ министра юстиціи о преобразованіи комиссіи составленія законовъ приложенъ къ указу 28 Февраля 1804 г. о преобразованіи этой комиссіи (п. с. з. 21187); онъ былъ напечатанъ и переведенъ на всѣ языки; къ нему приложенъ и планъ работъ. Свѣдѣнія о дѣятельности этой комиссіи у М. Корфа, Жизнь графа Сперанскаго, 1861 г., т. I, стр. 145 и сл.; С. Пахманъ, Исторія кодификаціи, 1, стр. 381 и сл.

3) Розенкампфомъ, говоритъ Корфъ, при его тщеславномъ, наклонномъ къ интригѣ и мстительномъ характерѣ, овладѣла глубокая ненависть къ Сперанскому. Еще безпощаднѣе отзывъ о Розенкампфѣ знаменитаго Бентама, приглашеннаго къ участію въ трудахъ комиссіи. Въ его второмъ письмѣ къ Императору Александру I онъ пишетъ: «Государь, я согласился бы скорѣе посылать отвѣты къ марокскому императору, чѣмъ въ комиссію подъ такимъ начальствомъ.... Я не оправдалъ бы хорошаго мнѣнія обо мнѣ, если бы поколебался назвать этого человѣка радикально неспособнымъ». А. Пыпинъ: Русскія отношенія Бентама, въ Вѣстникѣ Европы, 1869 г. Сперанскій въ извѣстномъ письмѣ своемъ къ Государю изъ Перми въ Январѣ 1813 г. говоритъ: «пусть сличатъ безобразныя компиляціи, представленныя мнѣ отъ комиссіи, т. е. отъ г. Розенкампфа, и если найдутъ во ста два параграфа, которыми бы я воспользовался, я уступаю имъ всю честь сего произведенія. Сличеніе сіе не трудно, ибо компиляціи сіи всѣ остались въ моемъ кабинетѣ».

4) Это обращеніе къ иностраннымъ ученымъ состоялось по мысли самого Императора Александра I-го, какъ видно изъ журналовъ интимнаго комитета; отъ иностранцевъ хотѣли получить теоретическую программу, указанія о методѣ труда и конспектъ для распредѣленія матеріала. Ср.

1804 г. писалъ про Россію: «Это именно та страна, которая можетъ быть всего способнѣе принять хорошее законодательство, именно потому, что въ ней меньше приходится разсѣевать ложныхъ понятій, меньше приходится бороться противъ рутины и больше можно встрѣтить послушной воспріимчивости къ благотворнымъ дѣйствіямъ умнаго и разсудительнаго правительства». «Напитанный, говоритъ про Сперанскаго бар. Корфъ, наполеоновскими идеями, онъ не давалъ никакой цѣны отечественному законодательству, называлъ его варварскимъ и находилъ совершенно безполезнымъ и лишнимъ обращаться къ его пособію... Проекты уложеній онъ предполагалъ составлять при содѣйствіи иностранныхъ, преимущественно французскихъ законовѣдцевъ». Такъ, по гражданскому праву онъ вошелъ въ сношенія съ указанными ему въ Эрфуртѣ самимъ Наполеономъ Локре и Легра, а по уголовному съ Дюпономъ (Dupont de Némours). Въ то же время началась съ 1807 г. [1]) переписка съ Бентамомъ, хотя письма послѣдняго къ Императору Александру относятся уже къ эпохѣ паденія Сперанскаго, къ 1814 и 1815 гг. [2]); точно также въ 1806 г. начались сношенія съ знаменитымъ Фейербахомъ [3]), сдѣланнымъ членомъ-корреспондентомъ законодательной комиссіи и приславшимъ въ комиссію свой проектъ баварскаго уложенія [4]). Наконецъ, указомъ 15 Мая 1810 г. былъ приглашенъ къ участію въ трудахъ комиссіи, а вскорѣ сдѣланъ и начальникомъ ея уголовнаго отдѣленія, нѣмецкій ученый Леопольдъ Генрихъ Якобъ, предназначенный быть творцомъ будущаго уголовнаго кодекса для Россіи [5]). Якобъ, по собственнымъ его сло-

---

также рескриптъ г. Завадовскому по поводу устройства комиссіи законовъ 5 Іюня 1801 г. (п. с. з. 19904).

1) Въ Августѣ 1803 г. Дюмонъ писалъ, что онъ видѣлся со Сперанскимъ: «онъ любитъ свое отечество и сильно чувствуетъ, что реформа юстиціи и законодательства есть изъ всѣхъ благъ важнѣйшее благо. Онъ обращался къ нѣмецкимъ юристамъ и къ одному англійскому—Макинтошу и не былъ доволенъ ихъ отвѣтами: эти корреспонденты не знали страны, и въ большей части ихъ писаній не было ничего, кромѣ старой рутины и римскаго права. Я указалъ имъ, что если бы они обратились къ Бентаму, то онъ, вѣроятно бы, согласился заняться гражданскимъ кодексомъ». Бентамъ дѣйствительно согласился, но на указанныхъ имъ условіяхъ; между прочимъ, онъ требовалъ, чтобы проектъ былъ обнародованъ и вызвалъ мнѣнія всѣхъ знающихъ. Испрашивая себѣ позволенія начертать проектъ, онъ предлагалъ вручить окончательную обработку его тому, кто въ этихъ замѣчаніяхъ выкажетъ наиболѣе законодательныхъ способностей.

2) Въ первомъ письмѣ къ Императору Александру I-му въ Маѣ 1814 г. Бентамъ, указывая на новые уголовные кодексы Франціи и Баваріи и замѣчая, что оба они приняли въ свое основаніе законодательство древняго Рима, прибавляетъ: «объ особенностяхъ Россіи я имѣю нѣкоторое понятіе; два года изъ тѣхъ лѣтъ моей жизни, которые были наиболѣе богаты наблюденіями, были проведены въ предѣлахъ Россіи. Кодексы по французскому образцу теперь уже у всѣхъ на виду. Скажите слово, Государь, и Россія представитъ свой собственный образецъ, и тогда пусть Европа судитъ. Правда, для Россіи я чужой человѣкъ; но для этой цѣли едва ли я болѣе чуждъ ей, чѣмъ курляндецъ, ливонецъ или финляндецъ». Послѣднее выраженіе заключаетъ намекъ на Розенкампфа, къ которому во всей своей перепискѣ Бентамъ относится совершенно отрицательно. Во второмъ письмѣ, изъ котораго приведенъ выше его отзывъ о Розенкампфѣ, Бентамъ заявляетъ: «я этого человѣка лично не знаю, но *я* знакомъ съ его сочиненіями гораздо больше чѣмъ онъ знакомъ съ моими, гораздо больше, чѣмъ пріятно было бы ему объ этомъ думать». Напротивъ того, къ Сперанскому Бентамъ относился съ полнымъ уваженіемъ.

3) Письма А. Фейербаха къ Розенкампфу въ его «Leben und Wirken», 1852; въ этихъ письмахъ Фейербахъ весьма льститъ Розенкампфу и его знаніямъ, а послѣдній въ сообщеніяхъ по исторіи русскаго законодательства указывалъ ему, напр., на якобы существующіе законы Рюрика.

4) Сверхъ сего въ комиссію былъ присланъ обширный проектъ, составленный Глобигомъ, обнимавшій гражданское, уголовное и полицейское право.

5) Якобъ (Людвигъ Конратьевичъ, 1759—1827) въ 1777 г. поступилъ въ Гальскій университетъ, въ 1787 г. былъ избранъ экстраординарнымъ, а потомъ и ординарнымъ профессоромъ этого университета и читалъ филологическіе и философскіе предметы. Въ особенности извѣстны были его труды о безсмертіи души и о нравственныхъ доказательствахъ бытія Бога, а также сочиненіе Philosophische Rechtslehre oder Naturrecht 1796 г., и многія другія. Якобъ также занимался и политическою экономіею, издавъ въ 1805 г. Lehrbuch der Nationaloeconomie. Оцѣнка его дѣятель-

вамъ [1]), хотя и могъ, благодаря пребыванію въ Россіи, понимать русскіе законы и указы, но, подобно Розенкампфу, не могъ писать по-русски; еще менѣе была извѣстна ему русская жизнь и ея требованія. Какъ добросовѣстный ученый, Якобъ, по прибытіи въ Петербургъ, началъ изучать наше законодательство и въ то же время предложилъ Сперанскому вопросъ о характерѣ подготовляемаго кодекса: долженъ ли онъ быть систематически упорядоченнымъ собраніемъ бывшихъ русскихъ законовъ, съ указаніемъ на ихъ недостатки и пробѣлы, или же онъ долженъ быть новымъ, самостоятельнымъ кодексомъ, только подкрѣпленнымъ ссылкою на законы? Въ отвѣтъ онъ получилъ указаніе: создать свободный идеальный проектъ (einen freien idealischen Entwurf für Russland zu machen). Съ большимъ трудомъ, при помощи переводчика, Якобъ однако въ 1812 г. окончилъ свою работу; но паденіе и ссылка Сперанскаго отодвинули его на второй планъ; въ комиссіи снова первенствующимъ лицомъ сталъ, оказавшій себя по поводу отставки Сперанскаго и нравственно-крайне нечистоплотнымъ, Розенкампфъ. Проектъ Якоба былъ переработанъ, затѣмъ отпечатанъ подъ названіемъ проекта уголовнаго уложенія Россійской Имперіи [2]).

Передѣланный проектъ былъ внесенъ въ Государственный Совѣтъ въ 1813 г. [3]),

---

ности въ извѣстномъ Musenalmanach, гдѣ ему посвящено между прочимъ двустишіе, приписываемое Гете:

«Woche für Woche zieht der Bettelkarren durch Deutschland
Den auf schmutzigen Bock Jacob der Kutscher regiert».

Ср. Schrader, Geschichte des Friedrichs Universität zu Halle, 1894 г. 2 т. Въ 1806 г., по закрытіи Гальскаго университета Наполеономъ, Якобъ былъ приглашенъ въ Харьковскій университетъ для преподаванія юридическихъ наукъ (ср. Багалѣй, Опытъ исторіи харьковскаго университета 1893—1898, стр. 501, 689, 949); въ Харьковѣ онъ издалъ Grundsätze der Polizeigesetzgebung, писалъ о крѣпостномъ правѣ и его недостаткахъ, о бумажныхъ деньгахъ въ Россіи и средствахъ удержать ихъ въ надлежащей цѣнности. Эту послѣднюю работу онъ послалъ Императору Александру I, послѣ чего и былъ приглашенъ Сперанскимъ въ Петербургъ для работъ по финансовой комиссіи, а затѣмъ, власть имѣвшими, былъ признанъ криминалистомъ и оказался въ уголовной комиссіи. По паденіи Сперанскаго, Якобъ снова уѣхалъ въ Галле. Уголовнымъ правомъ онъ и потомъ не занимался и никакихъ трудовъ не оставилъ. Въ предисловіи къ своему проекту онъ самъ говоритъ, что по собственному почину онъ никогда бы не приступилъ къ такой работѣ, но его побудили обстоятельства, и онъ думалъ оказать услугу, изготовивъ такой трудъ, который могъ бы служить пособіемъ для дальнѣйшей разработки тѣмъ, кто болѣе знакомъ съ Россіею, ея нравами и обычаями; работа его была облегчена, какъ онъ указываетъ, имѣвшимися въ комиссіи рукописями Фейербаха и Глобига (до того никѣмъ не читанными), выборками изъ русскихъ законовъ по рубрикамъ, довольно полнымъ собраніемъ законовъ и указовъ и составленною по русски общею частью уголовнаго уложенія, о которой онъ замѣчаетъ, что она была «mit deutschem Fleiss gearbeitet». Нельзя не указать, что Якобъ, развивая свои мысли о томъ, какъ слѣдовало бы разработывать законопроекты для Россіи, заключаетъ тѣмъ, что онъ знаетъ (намекая на Сперанскаго) одного только человѣка, достойнаго для такой работы, но этотъ человѣкъ живетъ удаленнымъ отъ дѣлъ и его отечество не пользуется его огромными талантами. Ср. о Якобѣ у Сухомлинова, Статьи и изслѣдованія, т. I, стр. 112 и сл. Любопытно, что баронъ Корфъ въ своей книгѣ о Сперанскомъ вовсе не упоминаетъ объ участіи Якоба въ составленіи уголовнаго уложенія, а указываетъ на участіе харьковскаго профессора Якоби въ трудахъ финансовой комиссіи.

1) Свѣдѣнія о дѣятельности Якоба при составленіи проекта уложенія сообщены имъ самимъ въ предисловіи къ изданному имъ въ 1818 г.: Entwurf eines Criminalgesetzbuches für das russische Reich mit Anmerkungen über die bestehenden russischen Criminalgesetze.

2) Одновременно съ этимъ, коммисія законовъ предприняла изданіе систематическаго свода существующихъ законовъ Россійской Имперіи съ основаніями правъ, изъ оныхъ извлеченныхъ; въ теченіе 1815—1822 гг. было издано 12 томовъ, причемъ одинъ томъ заключаетъ законы, относящіеся къ уголовному праву.

3) Ранѣе, еще въ 1810 г. были внесены въ Государственный Совѣтъ двѣ первыя книги гражданскаго уложенія, вызвавшія, между прочимъ, извѣстное язвительное замѣчаніе Карамзина въ его замѣткѣ о древней и новой Россіи: «издаются двѣ книжки, подъ именемъ проекта уложенія. Что же находимъ? переводъ Наполеоновскаго кодекса! Какое изумленіе для Россіянъ, какая пища для злословія». Но нельзя не прибавить, что въ этомъ отзывѣ больше озлобленности и ненависти по отноше-

и разсмотрѣнъ департаментомъ законовъ въ теченіе 1813 г. и первыхъ четырехъ мѣсяцевъ 1814 г.[1]). Сначала были разсмотрѣны два плана уложенія: одинъ 1804 г. и другой 1809 г., причемъ одобренъ былъ первый изъ нихъ; затѣмъ были вносимы отдѣльныя главы и исправляемы по замѣчаніямъ членовъ, и, наконецъ, проектъ былъ снова отпечатанъ; но въ общее собраніе Государственнаго Совѣта проектъ не былъ внесенъ, вѣроятно, потому, что предполагалось его разсматривать совмѣстно съ проектомъ судопроизводства, котораго было изготовлено только нѣсколько главъ.

Много лѣтъ спустя, а именно въ 1824 г., благодаря вліянію Сперанскаго, сдѣлавшагося, по возвращеніи изъ ссылки, въ 1821 г. членомъ Государственнаго Совѣта, проектъ поступилъ, согласно Высочайшему повелѣнію 11 Августа 1824 г., снова на разсмотрѣніе Государственнаго Совѣта и разсматривался такимъ образомъ, что отдѣльныя главы, немедленно по разсмотрѣніи въ департаментѣ законовъ, вносились въ общее собраніе[2]); но и на этотъ разъ разсмотрѣніе не было окончено. Въ періодъ съ Августа 1824 г. и по Январь 1825 г. (послѣднее засѣданіе было 25 Января), были разсмотрѣны только общая часть и въ департаментѣ еще одна глава особенной части о преступленіяхъ противъ вѣры; затѣмъ эти главы, бывъ представлены Государю, остались безъ утвержденія. Послѣдовавшая въ томъ же году кончина Императора Александра I прекратила дальнѣйшее разсмотрѣніе проекта.

нію къ новымъ вѣяніямъ вообще и къ Сперанскому въ частности, чѣмъ историческаго безпристрастія. Достаточно указать хотя на возраженіе противъ первой главы—о правахъ гражданскихъ—«Въ наполеоновскомъ кодексѣ читаю: participations aux droits civils ci après exprimés», и далѣе законодатель говоритъ о правѣ собственности, завѣщаніи. Вотъ гражданскія права во Франціи; но въ Россіи господскій и самый казенный земледѣлецъ имѣетъ ли оныя, хотя и называется Русскимъ»? Далѣе, по поводу постановленія о томъ, что лишенный гражданскихъ правъ не можетъ быть въ судѣ ни истцомъ, ни отвѣтчикомъ, Карамзинъ, очевидно, не понимая существа положенія, замѣчаетъ: «слѣдственно, прибьетъ васъ, ограбитъ и за то не отвѣтствуетъ». По поводу отнесенія къ принадлежностямъ недвижимостей—зеркалъ, вдѣланныхъ въ стѣны, статуй и т. д., онъ замѣчаетъ: «отъ начала Россіи еще не бывало у насъ тяжбы о сихъ предметахъ и никто изъ русскихъ, читая этотъ проектъ, не догадался бы, что онъ читаетъ наше гражданское уложеніе». Такой же отзывъ далъ министръ юстиціи Трощинскій (сборн. истор. общ. т. III стр. 19): «проектъ гражданскаго уложенія собственно есть испорченный переводъ наполеонова кодекса, съ которымъ онъ въ томъ только и разнствуетъ, что многія части, переставленныя съ одного мѣста на другое, производятъ вящшее замѣшательство въ понятіяхъ и сугубую недовѣрчивость къ его духу». Хотя самъ Сперанскій категорически отрицалъ это заимствованіе и въ письмѣ къ Императору Александру I-му говорилъ: «il y a de la part de ceux, qui ont dit cela, ignorence ou mensonge (Tourgenef, la Russie, т. III, стр. 494), но эти отзывы не остались безъ вліянія на дальнѣйшее обсужденіе проекта. Многіе члены Государственнаго Совѣта потребовали (баронъ Корфъ, стр. 163 прим.), чтобы комиссія представила указаніе русскихъ законовъ, изъ которыхъ почерпнуто уложеніе, и Сперанскій возложилъ это на извѣстнаго въ то время законовѣда Ильинскаго, находившагося при комиссіи начальникомъ архива. Надлежало подвести подъ каждую статью ссылки на тѣ указы, изъ которыхъ она будто бы была почерпнута, что Ильинскій и исполнилъ, съ величайшимъ однакожъ, какъ самъ онъ признается въ своихъ запискахъ, затрудненіемъ и крайнею часто натяжкою. Гражданское уложеніе, хотя и было разсмотрѣно Государственнымъ Совѣтомъ, но затѣмъ возвращено въ комиссію для исправленія.

1) Журналы департамента законовъ Государственнаго Совѣта, за 1813—1814 гг., относящіеся къ этому обсужденію, напечатаны въ «Архивѣ Государственнаго Совѣта», т. IV, ч. I; подлинный экземпляръ, подписанный членами департамента, хранится въ дѣлѣ бывшаго II отдѣленія Его Императорскаго Величества канцеляріи, въ бумагахъ графа Сперанскаго. Этотъ исправленный проектъ былъ отпечатанъ въ сенатской типографіи съ выставленіемъ на немъ 1813 г. и перепечатанъ въ приложеніяхъ къ IV т., ч. I, арх. гос. сов. Съ этого же проекта былъ сдѣланъ Людвигомъ-Адольфомъ-Якобомъ, сыномъ Гейнриха, также бывшаго членомъ комиссіи составленія законовъ, переводъ на нѣмецкій языкъ и отпечатанъ въ Галле въ 1818 году.

2) Журналы департамента законовъ, равно какъ и журналы общаго собранія Государственнаго Совѣта, относящіеся къ этому предмету, предполагавшіеся утраченными (см. т. IV архива государственнаго совѣта, ч. I, предисловіе, стр. II), я нашелъ въ названномъ выше дѣлѣ II отдѣленія, въ бумагахъ графа Сперанскаго.

Проектъ состоялъ изъ трехъ книгъ: 1-я заключала основанія уголовнаго права; 2-я—государственныя и общественныя преступленія, и 3-я—частныя преступленія; проектъ заключалъ всего 585 параграфовъ, что объяснялось, главнымъ образомъ, тѣмъ, что въ него были включены только уголовныя преступленія, за кои, какъ объяснено Сперанскимъ въ Государственномъ Совѣтѣ въ 1824 г., положены наказанія уголовныя въ противоположность полицейскимъ [1]).

Какъ видно изъ обозрѣнія состава проекта, въ немъ въ первый разъ въ исторіи нашего законодательства появляется раздѣлъ такъ называемыхъ общихъ положеній (111 статей, всѣхъ статей было въ проектѣ 585,; въ первоначальномъ проектѣ Якоба было общей части 169 ст., а всего 615 статей). Въ докладѣ 1804 г. по этому поводу говорится: «общія начала права суть первыя простѣйшія истины, утвержденныя на здравыхъ заключеніяхъ человѣческаго разума, на долговременномъ опытѣ и наблюденіяхъ, строго изслѣдованныхъ и основанныхъ на существѣ и возможной пользѣ государства, ясностью, неоспоримостью и очевидностью вліянія своего, пріобрѣтшія силу и непоколебимость ... Обыкновенно законоискусники у всѣхъ народовъ полагаютъ науку составленія законовъ въ томъ, чтобы собрать всѣ случаи, какіе въ общежитіи предполагать можно, и на каждый изъ нихъ постановить новый особый законъ, но если бы и могли они исчислить всѣ тѣ случаи, какіе только разумъ въ состояніи почерпнуть изъ понятія о возможныхъ дѣйствіяхъ воли человѣческой, то изъ сего бы происходило несмѣтное множество законовъ, несообразныхъ съ обстоятельствами, и неясныхъ опредѣленій, а чрезъ то смѣшеніе и запутанность въ самомъ законѣ; съ другой стороны, не менѣе справедливо и то, что невозможно предопредѣлить всѣ случаи, какіе впредь могутъ встрѣтиться».

Эта часть проекта получила особенно важное значеніе для нашего позднѣйшаго законодательства [2]), такъ какъ, при изданіи въ 1832 г. свода законовъ, первый раздѣлъ свода законовъ уголовныхъ былъ составленъ, очевидно, по соображенію съ проектомъ 1813 г. Въ бумагахъ графа Сперанскаго [3]) сохранились представленныя имъ въ Государственный Совѣтъ въ 1824 г. объясненія и поправки къ проекту 1813 г., въ которыхъ, напр., опредѣленія понятій неосторожной вины, покушенія, зачинщиковъ, пособниковъ и т. п. буквально тождественны съ опредѣленіями свода, хотя подъ послѣдними, позднѣе, были подведены ссылки на законы, на основаніи коихъ они составлены. Въ этой же части проекта 1813 г. съ подробностью установлено различіе по наказуемости лицъ привилегированныхъ и непривилегированныхъ, создано ученіе объ обстоятельствахъ, вліяющихъ на мѣру отвѣтственности и т. д.

При разсмотрѣніи проекта въ Государственномъ Совѣтѣ возбудилось нѣсколько вопросовъ, имѣвшихъ большое значеніе для послѣдующаго движенія законодательства: такъ, Государственный Совѣтъ призналъ, что указами 1753 и 1754 гг. смертная казнь въ Россіи отмѣнена по всѣмъ преступленіямъ, за исключеніемъ государственныхъ; Государственнымъ Совѣтомъ была предположена отмѣна кнута, наконецъ, впервые опредѣлительно поставленъ вопросъ о давности въ дѣлахъ уголовныхъ.

---

1) Въ объясненіяхъ къ проекту, представленныхъ въ 1824 г. въ Государственный Совѣтъ, было указано: «законы наказательные, объемлющіе проступки, суть законы исправительные; тѣ же, кои объемлютъ преступленія, суть законы уголовные». Уголовныя наказанія, указывается далѣе, «суть тѣ, гдѣ дѣло идетъ о головѣ, т. е. о жизни, diminutio capitis, а жизнь каждаго лица въ обществѣ есть тройкая: физическая, политическая и гражданская; двѣ послѣдніе именуются правами состоянія. Всякое наказаніе, непосредственно удручающее или умаляющее бытіе или состояніе лица, есть наказаніе уголовное».

2) На проектъ и его значеніе для нашего дѣйствующаго законодательства было впервые указано мною въ изслѣдованіи о повтореніи преступленій, 1867 г., стр. 254. Тамъ же сдѣлано указаніе на содержаніе общихъ положеній проекта о преступленіи и о мѣрѣ отвѣтственности. Разборъ проекта 1813 г. сдѣланъ Якобомъ въ примѣчаніяхъ къ его проекту и неизвѣстнымъ авторомъ въ N. A. des Criminalrechts III (1820), Ueber die neuesten Entwürfe eines russischen Criminalgesetzbuchs, стр. 43—72.

3) Дѣло объ уголовномъ уложеніи—въ архивѣ II отдѣленія Собственной Его Императорскаго Величества канцеляріи, часть 1, тетр. 19, № VIII.

55. Подводя итогъ всей кодификаціонной дѣятельности со времени уложенія царя Алексѣя Михайловича, нельзя не пожалѣть этой массы безплодно затраченнаго труда. Въ теченіе почти двухъ вѣковъ комиссія слѣдовала за комиссіею [1]), измѣнялись пріемы, цѣли и направленія работъ, смѣнялись люди, а законодательство все продолжало развиваться путемъ сепаратныхъ указовъ, внося хаосъ и неурядицу въ судебную практику, служа главною опорою лихоимству и неправосудію. Къ судебной жизни попрежнему примѣнялось горькое признаніе великаго преобразователя Россіи: «Что въ судахъ въ законы играютъ какъ въ карты, подбирая масть къ масти, требуютъ указа на указъ, чтобы удобнѣе было въ мутной водѣ рыбу удить» (полн. собр. зак., № 3970), или, какъ говорили преемники Петра Великаго, «послѣ стараго много разъ указы изданы и въ разное время выдавались и затѣмъ одни съ другими не согласны, черезъ что случается поддержка безсовѣстнымъ судьямъ, которые, подбирая указы, на которую сторону хотятъ, рѣшаютъ» (полн. собр. зак., № 5567).

Не удались попытки построить законодательство на вѣчныхъ и незыблемыхъ началахъ разума, оказались негодными и нежизнеспособными и составляемые своды историческаго матеріала; неумѣлыми явились для кодификаціи и чины служилые и выборные земскіе излюбленные люди. Но, однако, эта непригодность къ законодательному творчеству не была прирожденнымъ недостаткомъ русскаго юридическаго мышленія. Блистательнымъ опроверженіемъ служитъ величайшее твореніе XVII вѣка, уложенная книга царя Алексѣя, умѣвшая сочетать труды дьяковъ и чиновъ земскихъ, объединить разнохарактерные и разновѣковые источники и сдѣлать изъ нихъ,какъ сдѣлалъ XVI вѣкъ изъ лишенныхъ видимой симметріи и гармоніи куполовъ Ивана Блаженнаго достойный удивленія памятникъ русскаго зодчества. Очевидно, причинъ неудачи нужно искать въ особыхъ условіяхъ нашей государственной жизни XVIII вѣка и едва ли не исключительно въ томъ исполинскомъ прыжкѣ сказочнаго богатыря черезъ тридевять вѣковъ, который сдѣлала Петровская Русь; въ чрезмѣрностяхъ попытки отъ своеобразнаго уклада, напоминавшаго XI, XII вѣка, перелиться въ условія жизни XVIII вѣка культурной Европы. Проникшія къ намъ идеи, понятія, чаянія и вѣрованія не были взрощены на туземной почвѣ, не были сдобрены народными свычаями и обычаями, не были политы, по мѣткому выраженію былины, народною тугою, оттого и первые посѣвы взошли чахлые, ни въ ростъ, ни въ зерно. Реформа, по отношенію къ народной жизни, не была ни плугомъ, ни даже матушкою сохою, а, въ особенности въ началѣ, развѣ лишь бороною, пытавшеюся поднять едва тронутую цѣлину. Эта чуждость новшествъ во многомъ примѣнялась и къ юридическимъ понятіямъ и установленіямъ, даже къ самымъ основамъ юридическаго творчества, вносимымъ законами Петра и законопроектами Екатерины II. По справедливому замѣчанію проф. Сергѣевича, «образованіе права въ Московской Руси существенно отличалось отъ образованія его въ восемнадцатомъ вѣкѣ. Съ Петра Великаго мы всѣ знаемъ, что воля Государя творитъ законъ. Московскіе цари не были еще въ этомъ увѣрены. Правовая жизнь XVI и XVII вѣка развивалась если не путемъ народно-обычнаго права, то во всякомъ случаѣ при помощи судебно-обычныхъ нормъ, практикою обихода, и лишь въ малой степени государственнымъ усмотрѣніемъ». Какъ указываетъ далѣе проф. Сергѣевичъ: «существующіе указы какъ будто никого и ни къ чему не обязываютъ, распоряженія правительства не исполняются не только подданными, которымъ они не нравятся, но и самими органами правительства. А XVIII вѣкъ отодвигалъ всесильный обихотъ на задній планъ и даже въ мягкихъ формахъ наказа, неукоснительно, ставилъ исключительнымъ источникомъ права—законъ; оттого непригодными оказались еще не усвоившіе принциповъ новой жизни и выборные люди». «Законодательная дѣятельность въ новомъ ея направленіи, замѣчаетъ проф. Сергѣевскій (Пособія, стр. 26), не пользовалась симпатіями массы; она никого не интересовала и въ результатѣ ей не вѣрили. Идеалы XVII вѣка еще преобладали въ обществѣ и законъ, въ новомъ его значеніи, казался лишь враждебною силою, по отношенію къ которой обыватель заботился лишь объ одномъ, какъ бы не попасть подъ его удары. Восемнадцатый вѣкъ представляетъ намъ поразительное

---

[1]) Какъ указано въ обозрѣніи историческихъ свѣдѣній о сводѣ законовъ 1833 г., стр. 54, стоимость комиссій съ 1754—1826 гг. составляетъ 5.678.593 р. Въ обозрѣніи Сперанскимъ сдѣлано подробное указаніе неудачъ всѣхъ этихъ кодификаціонныхъ попытокъ. Ср. также В. Латкинъ, стр. 181 и сл.

*

зрѣлище: правительство монархіи неограниченной усиленно призываетъ населеніе къ участію въ законодательной дѣятельности, требуетъ присылки депутатовъ въ законодательныя комиссіи; населеніе отказывается отъ этого, депутатовъ не выбираетъ; выбранные депутаты не ѣдутъ, правительство настаиваетъ, посылаетъ новые указы, предписываетъ губернаторамъ собрать выбранныхъ депутатовъ и лично представить ихъ въ Петербургъ. Наконецъ, собираются депутаты, являются въ комиссіи и оказываются: «стары, хворы, мало имущественны,—сами говорятъ, что «выбраны не изъ первостатейныхъ». Слѣдуетъ распоряженіе перемѣнить и выбрать «добрыхъ», съ этими новыми выборами повторяется прежняя исторія и т. д.» [1]).

Поэтому въ исторіи нашего законодательства нельзя не придать важнаго значенія дѣятельности эпохи Императора Николая I.

Уже 31 Января 1826 г. состоялось Высочайшее повелѣніе о преобразованіи бывшей комиссіи составленія законовъ во II отдѣленіе Собственной Его Величества Канцеляріи, съ тѣмъ, чтобы оно приступило къ разработкѣ нашихъ законовъ, на началахъ иныхъ, чѣмъ тѣ, кои были положены въ основу работъ комиссіи предшествующаго царствованія.

Самъ Императоръ Николай I, въ засѣданіи Государственнаго Совѣта 19 Января 1833 г., выразилъ, что постоянные слухи о недостаткахъ нашего правосудія «побудили Меня съ первыхъ дней Моего правленія разсмотрѣть состояніе, въ коемъ находилась комиссія, учрежденная для составленія законовъ. Къ сожалѣнію, представленныя свѣдѣнія убѣдили Меня, что ея труды остались почти совершенно безплодными; не трудно было открыть и причину этому: недостатокъ результатовъ происходилъ, главнѣйше, отъ того, что всегда обращались къ сочиненію новыхъ законовъ, тогда какъ надо было *сперва* основать старые на новыхъ началахъ... Вмѣсто сочиненія новыхъ законовъ, Я велѣлъ *сперва* собрать вполнѣ и привести въ порядокъ тѣ, которые уже существуютъ, а самое дѣло, по его важности, взялъ въ непосредственное Мое руководство, закрывъ прежнюю комиссію».

Всего нагляднѣе можно видѣть различіе новаго правительственнаго теченія, сравнительно съ стремленіями Императора Александра I въ первую пору царствованія, изъ сопоставленія только что сдѣланной выписки съ мыслями, высказанными въ рескриптѣ графу Завадовскому 5 Іюня 1801 г. «Поставляя, говорилось тамъ, въ единомъ законѣ начало и источникъ народнаго блаженства и бывъ удостовѣренъ въ той истинѣ, что всѣ другія мѣры могутъ сдѣлать въ государствѣ счастливымъ временно, но одинъ законъ можетъ утвердить сіе на вѣки, въ самыхъ первыхъ дняхъ царствованія моего и при первомъ обозрѣніи государственнаго управленія, призналъ я необходимымъ удостовѣриться въ настоящемъ части сей положеніи. Я всегда зналъ, что со дня изданія уложенія до дней нашихъ, т. е. въ теченіе почти одного вѣка съ половиною, законы, истекая отъ законодательной власти различными и часто противоположными путями, и бывъ издаваемы болѣе по случаямъ, нежели по общимъ государственнымъ соображеніямъ, не могли имѣть ни связи между собою, ни единства въ ихъ намѣреніяхъ, ни постоянности въ ихъ дѣйствіи. Отсюда всеобщее смѣшеніе правъ и обязанностей каждаго, мракъ, облежащій равно судью и подсудимаго, безсиліе законовъ въ ихъ исполненіи и удобность перемѣнять ихъ по первому движенію прихоти или самовластія.

Начальникомъ II отдѣленія былъ назначенъ Балугьянскій, но ближайшее руководство новыми законодательными работами было возложено на члена Государственнаго Совѣта М. М. Сперанскаго, безъ назначенія его, впрочемъ, завѣдывающимъ новымъ II отдѣленіемъ. Но это былъ уже не прежній Сперанскій-реформаторъ; въ составленномъ имъ историческомъ обозрѣніи свода онъ уже убѣдительно доказывалъ преждевременность уложеній и необходимость сводовъ [2]).

---

[1]) Любопытно, что по поводу участія выборныхъ въ изданіи законовъ, въ основныхъ положеніяхъ указаннаго выше систематическаго свода, въ § 25 было сказано: «уложеніе россійской имперіи, при составленіи онаго, должно быть разсматриваемо изъ избраннѣйшими сословіями въ государствѣ».

[2]) Дмитріевъ, Сперанскій и его государственная дѣятельность, Русск. Арх., 1868 г., № 10, говоритъ: Сперанскій въ это время едва ли былъ способенъ къ сильной самостоятельной дѣятельности, въ немъ не было ни прежней силы мысли, ни прежней дѣятельности; въ своихъ запискахъ онъ говоритъ языкомъ, въ которомъ нѣтъ и слѣда бывшаго Сперанскаго.

Первымъ дѣломъ комиссіи было собраніе дѣйствующихъ законовъ [1]). Попытки такого собранія были дѣлаемы и прежде: при Петрѣ Великомъ (съ 1714—1718 и съ 1719—1720 гг.), при Екатеринѣ II (1762—1770 гг.), а въ особенности при Александрѣ I, въ видѣ изданнаго комиссіею составленія законовъ Журнала законодательства (1817—1820 гг.) и начатаго, по указанію Государственнаго Совѣта, въ 1815 г., систематическаго свода существующихъ законовъ Россійской Имперіи съ основаніями права, изъ оныхъ извлеченными; но этотъ сводъ, коего вышло 15 тетрадей (14 т. по гражданскому уложенію и 1 по уголовному), представлялся крайне неполнымъ, и, какъ отзывался о немъ Сперанскій: «есть безобразная смѣсь, гдѣ, для тѣхъ двухъ или трехъ существенныхъ словъ, которыя составляютъ силу закона, выписаны цѣликомъ кипы частныхъ обстоятельствъ, не имѣющихъ никакого къ нему отношенія» [2]). Недостатокъ офиціальныхъ собраній пытались замѣнить частныя лица изданіемъ указателей, памятниковъ, систематическихъ собраній и т. п.; но всѣ эти изданія, начиная съ перваго самаго краткаго—юридическаго словаря Ланганса 1788 г., и кончая обширнѣйшимъ указателемъ законовъ Максимовича, были и неполны и частью невѣрны въ текстахъ, и, наконецъ, крайне дорогостоющи [3]).

Комиссія 1826 г. довела это предпріятіе до конца [4]), и въ 1830 г. было публиковано первое полное собраніе законовъ Россійской Имперіи въ 45 т., начиная съ уложенія царя Алексѣя Михайловича и до вступленія на престолъ Императора Николая I, по 12 Декабря 1825 г., а равно первые томы втораго полнаго собранія [5]).

На основаніи этого собранія началось составленіе сводовъ по отдѣльнымъ частямъ законодательства и ревизія этихъ сводовъ въ особыхъ комитетахъ.

Ревизія сводовъ окончилась въ Маѣ 1832 г., и въ теченіе этого года были отпечатаны всѣ 15 томовъ, а 31 Января 1833 г. Высочайшимъ манифестомъ объявлено окончаніе свода и постановлены правила о силѣ его и дѣйствіи [6]). На основаніи этого манифеста, сводъ вступилъ въ силу съ 1 Января 1835 г., совмѣстно съ продолженіями 1832 и 1833 г., сравненныхъ именнымъ указомъ 1834 г. въ силѣ съ сводомъ; затѣмъ сводъ имѣлъ нѣсколько перепечатокъ (такъ, сводъ уголовныхъ законовъ—трп); но новое изданіе свода, со включеніемъ въ него позднѣйшихъ узаконеній, состоялось въ 1842 г., а распубликовано 10 Марта 1843 года [7]).

Въ знаменитомъ засѣданіи Государственнаго Совѣта, 19 Января 1833 г., состоявшемся подъ личнымъ предсѣдательствомъ Государя, Совѣту были представлены 15 т. свода и 36 т. полнаго собранія, и вмѣстѣ съ тѣмъ три предположенія относительно юридическаго значенія свода: 1) признать сводъ единственнымъ основаніемъ въ рѣшеніи дѣлъ, устраняю-

---

1) Свѣдѣнія о дѣятельности комиссіи 1826 г. въ обозрѣніи историческихъ свѣдѣній о сводѣ законовъ 1833 г.; С. Пахманъ, Исторія кодификаціи гражданскаго права, т. II.

2) М. Корфъ, Жизнь Сперанскаго, стр. 270.

3) Первымъ изъ такихъ изданій былъ словарь юридическій или сводъ россійскихъ узаконеній по азбучному порядку, составленный Ф. Лангансомъ, М. 1788, втор. изд. 1791; М. Чулковъ, Словарь юридическій или сводъ россійскихъ узаконеній, временныхъ учрежденій, суда и расправы, М. 1792—1795 въ 2 ч.; Ф. и А. Правиковы, Памятникъ изъ законовъ, 10 ч. и 7 ч. прод. 1798—1827; Л. Максимовичъ, Указатель россійскихъ законовъ, временныхъ учрежденій, суда и расправы, 14 ч. 1803—1812; Хавскіе и Петровы, Собраніе россійскихъ законовъ, 22 ч. 1818—1822, и др. Ср. Загоскинъ, Исторія права русскаго народа 1899, стр. 81.

4) О порядкѣ работъ комиссіи подробныя свѣдѣнія у М. Корфъ, стр. 312 и сл.

5) Второе полное собраніе заключено по день восшествія на престолъ Императора Александра III, 2 Марта 1881 г.; съ этого дня началось третье полное собраніе. При этомъ, на основаніи п. 5 закона 11 Іюня 1885 г., о дальнѣйшемъ изданіи полнаго собранія, въ немъ предположено помѣщать и самыя соображенія, послужившія основаніемъ важнѣйшихъ узаконеній; но это правило отмѣнено закономъ 22 Дек. 1893 г.

6) Сводъ былъ построенъ на принципѣ, такъ сказать, хронологической послѣдовательности законовъ, т. е. при его составленіи, какъ указывалъ и самъ Сперанскій, отдавали безусловно предпочтеніе законамъ позднѣйшимъ, безотносительно къ ихъ достоинствамъ; этимъ онъ и отличался отъ свода Юстиніана.

7) О порядкѣ изданія дальнѣйшихъ продолженій см. Лозина-Лозинскій, стр. 122. Ср. вообще обстоятельный трудъ Н. Корево, Объ изданіяхъ законовъ россійской имперіи 1830—1899. 1900.

щимъ непосредственную силу законовъ, изъ коихъ онъ былъ составленъ; 2) признать его источникомъ, но не исключительнымъ, а дѣйствующимъ въ томъ случаѣ, когда нѣтъ сомнѣнія ни о существованіи закона, ни о его смыслѣ [1]), и 3) признать исключительнымъ источникомъ первоначальные законы, а статьи свода—только средствомъ вспомогательнымъ, содѣйствующимъ къ пріисканію законовъ и къ удостовѣренію въ ихъ смыслѣ.

Послѣ продолжительнаго обсужденія и сильныхъ споровъ было принято первое мнѣніе, къ коему присоединился и Императоръ, который потомъ, по поводу образовавшагося при подписаніи журнала разногласія, сдѣлалъ на составленномъ о разногласіи особомъ журналѣ слѣдующую надпись: «журналъ составленъ совершенно правильно, согласно моимъ намѣреніямъ, въ совѣтѣ изложеннымъ. *Сводъ* разсылается нынѣ же, *какъ положительный законъ*, котораго исключительное дѣйствіе начнется съ 1 Генваря 1835 г.». Такимъ образомъ, сводъ 1832 г. съ момента вступленія его въ силу сталъ единственнымъ, непосредственнымъ источникомъ нашего права. «Поэтому, какъ говоритъ проф. Цитовичъ, а) та или другая статья получила свою силу не изъ того закона или законовъ, откуда она извлечена или помѣчена таковой, но изъ обнародованія ея въ составѣ свода законовъ; б) смыслъ каждой статьи такой, какой она получила изъ собственнаго текста, а не такой, какой имѣли отдѣльныя узаконенія, изъ которыхъ она извлечена; в) та или другая статья свода имѣетъ силу и тогда, когда она даже не извлечена ни изъ какого узаконенія, хотя можетъ быть и показана извлеченною по ошибкѣ или недоразумѣнію» [2]).

---

[1]) Это мнѣніе раздѣлялъ и Сперанскій. Указаніе на три заявленныя въ совѣтѣ мнѣнія сдѣлано Корфомъ въ его Жизни графа Сперанскаго, стр. 318, а Н. М. Коркуновъ, в. с., на основаніи журнала Государственнаго Совѣта, заявляетъ, что было и 4-е мнѣніе (совершенно, впрочемъ, несостоятельное): признать на нѣкоторое время тексты прежнихъ законовъ основаніями для рѣшенія дѣлъ, но вмѣстѣ съ ними приводить и статьи свода, имъ соотвѣтствующія.

[2]) Ср. Цитовичъ, Курсъ русскаго гражданскаго права, 1878 г. стр. 10. Такимъ образомъ, первое изданіе свода прошло чрезъ Государственный Совѣтъ, хотя и не было имъ обсуждаемо ни въ цѣломъ, ни въ частяхъ, но второе и третье изданія свода не были вносимы въ Государственный Совѣтъ, а обращались въ Сенатъ къ исполненію при именныхъ указахъ (сводъ 1842 г. при указѣ 10 Марта 1843 г.; сводъ 1857 г. при указѣ 19 Мая 1858 г.), въ коихъ было изображено, что изданія эти совершены подъ непосредственнымъ вѣдѣніемъ и руководствомъ Государя; изданія же отдѣльныхъ частей свода препровождались въ Сенатъ для обнародованія на основаніи Высочайшихъ повелѣній, объявляемыхъ главноуправляющимъ II отдѣленіемъ. Изъ дальнѣйшаго изложенія проф. Цитовича можно заключить, что онъ придаетъ такое же законодательное значеніе и позднѣйшимъ изданіямъ свода, замѣчая, что внесенныя въ нихъ постановленія получаютъ обязательную силу со дня опубликованія каждаго новаго изданія свода, а не со дня выхода законовъ, въ это изданіе внесенныхъ. Но такое воззрѣніе, очевидно, неправильно. Сводъ 1832 г. пріобрѣлъ значеніе самостоятельнаго законодательнаго акта прямою волею законодательной власти, а такой силы не существуетъ за позднѣйшими изданіями какъ всего свода, такъ и большинства отдѣльныхъ его томовъ. Да и не могъ, напр., сводъ законовъ, изданія 1857 г., именоваться сводомъ законовъ россійской имперіи, повелѣніемъ Государя Императора Николая Перваго составленнымъ, если бы онъ былъ самостоятельнымъ закономъ, при Императорѣ Александрѣ II изданнымъ, а потому ошибки, неточности и опечатки, въ изданіяхъ послѣ свода 1832 г. оказавшіяся, должны быть исправляемы на основаніи прямаго текста законоположеній, изъ которыхъ эти статьи извлечены, заимствованы или пополнены. Наконецъ, въ сводъ законовъ вносились не одни Высочайшія повелѣнія, по самому своему источнику, имѣвшія силу закона, но и, согласно Высочайше утвержденному мнѣнію Государственнаго Совѣта отъ 15 Дек. 1834 г., 1) распорядительныя предписанія министровъ, къ постоянному и всегдашнему исполненію закона принадлежащія, когда они, по представленію министровъ, будутъ утверждены указами Сената, а предписанія министра финансовъ и безъ утвержденія Сената; 2) пояснительныя и распорядительныя мѣры, утвержденныя и опубликованныя отъ Сената, когда онѣ согласны съ закономъ и, не постановляя ничего новаго, разрѣшаютъ или предупреждаютъ какія либо сомнѣнія въ смыслѣ закона. Всѣ такія постановленія пріобрѣтали бы силу закона при новомъ изданіи свода внѣ всякаго для сего установленнаго порядка. Ср. Н. Лазаревскій, Право 1899 г. № 37; Лозина-Лозинскій, Кодификація законовъ по русскому государственному праву, Ж. М. Ю., 1897 г. № 4 и 5. Н. Коркуновъ, Значеніе свода законовъ, 1894 г., находитъ мнѣніе Цитовича не вѣрнымъ. присоединяясь относительно значенія свода къ второму изъ мнѣній, выска-

Главною основою возраженій противъ обязательности свода были слѣдующія соображенія: указывали: 1) что сводъ искусственно вызвалъ къ жизни не одно обветшавшее постановленіе, которое при общемъ движеніи законодательства само собою должно было исчезнуть и уступить мѣсто другимъ, болѣе соотвѣтственнымъ дѣйствительности; 2) что редакторы свода, будучи стѣснены буквою и считая сохраняющимъ силу все то, что не было впослѣдствіи прямо отмѣнено, часто не имѣли возможности уничтожить противорѣчія между разновременными законами, которые и вводили въ сводъ всѣ наравнѣ, несмотря на эпоху ихъ изданія; 3) что сводъ не вездѣ представлялъ вѣрное извлеченіе изъ существующихъ законовъ, такъ какъ многія статьи его образованы лишь посредствомъ наведеній, весьма натянутыхъ и произвольныхъ; 4) что редакторы, держась правила сохранять лишь букву закона, независимо отъ ея разума, т. е. составлять свой текстъ изъ однихъ предписаній, съ исключеніемъ всѣхъ вообще вступительныхъ частей указовъ, именно исторіи дѣла, поводовъ и разсужденій, отняли тѣмъ и у буквы настоящее ея значеніе, или придали ей, мѣстами, противоположный цѣли законодателя смыслъ, и изъ частныхъ случаевъ, или изъ постановленій, имѣвшихъ въ виду временную и преходящую потребность, извлекли общія правила, не всегда удобно примѣнимыя [1]).

занныхъ въ совѣтѣ, «защищаемому и Сперанскимъ»; но такому выводу противорѣчитъ, какъ указаніе Императора Николая I, такъ и дальнѣйшія приведенныя въ его же статьѣ историческія данныя. Когда, по поводу продолженія къ своду 1832—1833 г., Сперанскимъ былъ составленъ проектъ наставленія о приложеніи и употребленіи свода, то министръ юстиціи Дашковъ предложилъ установить слѣдующія правила: что если отыщется такой предметъ, на который нѣтъ разрѣшенія въ сводѣ, а есть въ предшествующихъ узаконеніяхъ, то разрѣшать дѣла на точномъ основаніи сихъ узаконеній; но если усмотрѣно будетъ, что статья свода не во всей точности выражаетъ узаконенія, изъ коихъ извлечена, *то рѣшать дѣла по своду.* Равнымъ образомъ, и въ мнѣніи Государственнаго Совѣта отъ 12 Янв. 1834 г. было прямо предписано судебнымъ мѣстамъ безъ всякаго изъятія основывать свои рѣшенія единственно на статьяхъ свода, и это подтверждено 3 п. мнѣнія Государственнаго Совѣта отъ 1 Ноября 1835 г. Ср. Лозина-Лозинскій, стр. 112.

1) М. Корфъ, Жизнь Сперанскаго, стр. 321. «Съ другой стороны, прибавляетъ Корфъ, въ упрекъ своду ставили еще и то, что имъ какъ бы устранялась необходимость новыхъ уложеній, потому что работа приготовительная, болѣе литературная, чѣмъ ученo-зрѣлая, прикрывалась обольстительною правильностью внѣшней формы и, съ раздѣленіемъ ея на томы, книги, раздѣлы, главы и пр., получила обманчивый видъ полнаго кодекса, тогда какъ въ истинномъ кодексѣ каждое слово и даже мѣсто, имъ занимаемое, должны быть строго опредѣлены и взвѣшены, по собственному выраженію творца свода, утверждавшаго, что въ законахъ управленія первое дѣло есть знать силу словъ». «Было, прибавляетъ баронъ Корфъ, и множество другихъ нареканій, но тѣ уже не имѣли вовсе никакого основанія, проистекали или отъ невѣжества и закоснѣлости въ старыхъ навыкахъ, или отъ непризнанныхъ геніевъ, которые завидовали великому подвигу, совершенному не ими, а другимъ, или, наконецъ, просто отъ столь частой у насъ наклонности—все порицать». Еще болѣе строгая оцѣнка свода была дѣлаема позднѣе, въ особенности при подготовительныхъ работахъ къ 4-му (1876) и 5-му (1885) изданіямъ свода, когда недостатки его уже вполнѣ успѣли обнаружиться на практикѣ. Такъ, въ 1862 г. главноуправляющій II отдѣленіемъ графъ Корфъ замѣчалъ: «кто имѣлъ въ рукахъ двадцать одинъ колоссальный томъ, въ которые разросся сводъ, тотъ знаетъ, до какой степени кажущаяся стройность внѣшней формы и плана мало соотвѣтствуетъ въ немъ внутреннему содержанію; сколько въ этихъ, систематически расположенныхъ книгахъ, раздѣлахъ, главахъ и отдѣленіяхъ встрѣчается противорѣчій, повтореній, недомолвокъ; какое въ нихъ отсутствіе общихъ руководящихъ началъ, какое обиліе запутывающихъ подробностей и какое множество статей праздныхъ, часто совсѣмъ неумѣстныхъ, а иногда и весьма странныхъ». Въ особенности указывали на то, что составители свода не проложили точной межи между законами въ собственномъ смыслѣ и предписаніями или правительственными распоряженіями, и пробѣлы, представлявшіеся въ дѣйствующихъ законахъ, нерѣдко восполняли даже инструкціями и циркулярами министровъ. Во второмъ и третьемъ изданіяхъ свода подробности еще болѣе возрастали: достаточно сказать, что бывшее въ 1-мъ изданіи число статей 42,000 въ 3-мъ изданіи возросло до 80,000; только съ 4-го изданія начались значительныя сокращенія, такъ, напр., во 2-мъ томѣ изданія 1857 г. было 5740 статей, въ 1876—2279, а въ 1892—онъ распался на 10 отдѣльныхъ учрежденій и положеній, причемъ въ общемъ губернскомъ учрежденіи содержится только 1232 ст.,

Въ частности сводъ законовъ уголовныхъ, отнесенный въ XV т., имѣлъ и другіе спеціальные недостатки. Онъ, во-1-хъ, былъ неполонъ (всего въ изданіи 1832 г. было 765 статей уголовныхъ и 829 статей судопроизводственныхъ) [1]), такъ какъ въ него не вошли не только маловажныя полицейскія и финансовыя нарушенія, но даже и значительныя спеціальныя преступленія, какъ, напр., постановленія о морскомъ разбоѣ, помѣщенныя въ т. XI; во-2-хъ, въ немъ отсутствовала строго опредѣленная лѣстница наказаній, такъ что отдѣльныя наказанія являлись несоподчиненными другъ другу; въ-3-хъ, не было точной характеристики отдѣльныхъ наказаній, въ силу чего устранялась возможность различенія ихъ между собою; въ-4-хъ, встрѣчалась неопредѣленность уголовной санкціи нѣкоторыхъ постановленій, въ коихъ опредѣлялось только: «наказать яко преступника указовъ», «смотря по мѣрѣ вины», и т. д., и вытекающій отсюда полный судейскій произволъ; въ-5-хъ, наконецъ, допущена невѣрность и ненужность многихъ опредѣленій какъ общей, такъ и особенной части.

56. Этимъ объясняется, почему, вслѣдъ за изданіемъ свода, начались заботы объ исправленіи свода и въ частности законовъ уголовныхъ. Уже 16 Марта 1833 г. были учреждены правила негласной провѣрки свода, а 29 Октября 1836 г. было повелѣно приступить къ систематическому исправленію законовъ уголовныхъ, какъ наиболѣе требующихъ исправленій, подъ руководствомъ министра юстиціи Дашкова и главноуправляющаго II отдѣленіемъ Сперанскаго, а затѣмъ за смертью ихъ—Сперанскаго 11 Февраля 1839 г. и Дашкова въ 1840 г., работы перешли исключительно въ вѣдѣніе графа Д. Н. Блудова, главноуправляющаго II отдѣленіемъ [2]). 4 Ноября 1840 г. статсъ-секретарь Дегай, непосредственно завѣдывавшій работами, представилъ графу Блудову первоначальный проектъ изъ 883 статей съ довольно обширною объяснительною къ нему запискою (3960 писанныхъ стр.), а съ Декабря того же года начались при II отдѣленіи засѣданія особой комиссіи подъ предсѣдательствомъ гр. Блудова [3]) по разсмотрѣнію этого проекта; 10 Апрѣля 1841 г. первоначальный проектъ общей части въ 165 статьяхъ, принятый этою комиссіею, былъ уже представленъ Государю, весьма интересовавшемуся вообще составляемымъ уложеніемъ, какъ это видно изъ того, что о ходѣ работъ по составленію уложенія гр. Блудовымъ ежемѣсячно представлялись особые всеподданнѣйшіе доклады. Первоначально предполагалось создать два отдѣльные проекта: одинъ—о наказаніяхъ уголовныхъ, другой—о наказаніяхъ исправительныхъ, чѣмъ и объясняется малое число статей въ первоначальномъ проектѣ, но затѣмъ мысль эта была оставлена, и окончательно былъ выработанъ одинъ общій проектъ уложенія о наказаніяхъ уголовныхъ и исправительныхъ. Проектъ особенной части, по мѣрѣ выработки его раздѣловъ, сообщался главноначальствующимъ отдѣльными вѣдомствами, а затѣмъ, по разсмотрѣніи полученныхъ отъ нихъ замѣчаній, разсматривался, какъ и общая часть, въ томъ же комитетѣ подъ предсѣдательствомъ гр. Блудова. 27 Мая 1843 г. уже окончательно изготовленный и пересмотрѣнный проектъ былъ представленъ Государю вмѣстѣ съ синоптическими оправдательными табелями; но и послѣ этого на проектъ поступали сильныя возраженія; такъ, напр., отъ министра юстиціи графа В. Н. Панина 30 Декабря 1843 г. поступило замѣчаніе о невозможности замѣны кнута плетьми для изобличенныхъ въ убійствѣ, разбоѣ и грабежѣ, въ виду значительности числа этихъ преступленій и въ виду того, что наказаніе кнутомъ сопровождается обрядами, напоминающими преступнику и зрителямъ, что казнь сія сопряжена съ опасностью для

въ III томѣ въ 1857 г. 2520 ст., въ 1876—1479 (812 уст. о сл. и 667 уст. о пенс.), а въ 1897—1573 и т. д.

1) Въ 1842 г., объемъ XV т. возросъ слишкомъ на 300 статей.

2) Указанія на дѣятельность комиссіи помѣщены въ краткомъ обозрѣніи хода работъ и предположеній по составленію новаго кодекса законовъ о наказаніяхъ, 1846 г. См. также обозрѣніе хода работъ по составленію новаго уголовнаго уложенія 1902 года.

3) Въ составѣ слѣдующихъ лицъ: графъ Блудовъ, Дегай, Туркулъ, Губе, графъ Панинъ, Карніолинъ-Пинскій, Данзасъ и Каппгеръ. Главныя подготовительныя работы по начертанію проекта и объяснительныхъ записокъ, какъ видно изъ дѣла II отдѣленія, выполнили служившіе въ отдѣленіи М. Д. Деляновъ и А. Н. Плавскій.

жизни, а обстоятельство сіе не можетъ оставаться безъ впечатлѣнія на умы народные, и съ отмѣною кнута ослабнетъ безопасность. Равнымъ образомъ, сильныя возраженія по поводу ослабленія наказаній въ проектѣ уложенія были представлены министромъ внутреннихъ дѣлъ.

Тѣмъ не менѣе, по Высочайшему повелѣнію 30 Марта проектъ былъ внесенъ въ Государственный Совѣтъ, гдѣ была учреждена особая комиссія подъ предсѣдательствомъ графа Левашева [1]). Комиссія разсмотрѣла проектъ въ 50 засѣданій съ 26 Апрѣля 1844 г. по 29 Марта 1845 г. и сдѣлала довольно много измѣненій, хотя по преимуществу редакціоннаго свойства [2]). Затѣмъ, исправленный проектъ былъ внесенъ въ общее собраніе Государственнаго Совѣта, разсмотрѣнъ имъ въ восьми засѣданіяхъ и санкціонированъ 15 Августа 1845 г., причемъ постановлено было ввести его въ дѣйствіе во всей имперіи съ 1 Мая 1846 года [3]).

Дальнѣйшая внѣшняя исторія уложенія о наказаніяхъ въ краткихъ чертахъ такова: въ 1857 г. при третьемъ изданіи свода вышло второе изданіе уложенія и сдѣлалось 1-ю книгою XV тома, причемъ первоначальное число статей—2224 возросло до 2304, въ особенности вслѣдствіе пополненія постановленій о нарушеніяхъ устава табачнаго и внесенія въ уложеніе постановленій о поврежденіяхъ телеграфовъ.

Позднѣйшія измѣненія законовъ уголовныхъ вносились въ продолженія. Уже при изданіи свода, въ манифестѣ 31 Января 1833 г., было указано: всѣ постановленія, кои послѣ окончанія свода состоялись или впредь состоятся, приводя въ порядокъ свода, издавать въ ежегодномъ его продолженіи, дабы составъ свода, единожды устроенный, сохранить всегда въ полнотѣ его и единствѣ. И первое продолженіе къ своду вступило въ дѣйствіе вмѣстѣ со сводомъ, а именно съ 1 Января 1835 г. [4]). Законодательныя реформы, начавшіяся со вступленіемъ на престолъ Императора Александра II, потребовали болѣе полнаго пересмотра уложенія. Такими важнѣйшими законами были: законъ 22 Марта 1860 г.

---

1) Въ составѣ членовъ: принца Петра Георгіевича Ольденбургскаго, графа Блудова, Бутурлина, князя Друцкаго-Любецкаго, барона Корфа, Кочубея, графа Палена и Туркула; печатный журналъ комиссіи не опубликованъ.

2) Изъ крупныхъ измѣненій можно указать: исключеніе предположенной въ проектѣ смертной казни за убійство родителей и исключеніе временной ссылки на житье.

3) Подготовительныя работы по составленію уложенія составляютъ важнѣйшее пособіе для его изученія, таковы:

1) Проектъ новаго уложенія о наказаніяхъ уголовныхъ и исправительныхъ съ подробнымъ означеніемъ основаній каждаго изъ внесенныхъ въ сей проектъ постановленій, СПБ. 1844 г. Такъ какъ этотъ проектъ былъ изданъ въ видѣ синоптическихъ таблицъ въ трехъ графахъ, изъ коихъ въ первой помѣщенъ текстъ проекта, во второй—указанія на то, взято ли постановленіе изъ свода, или является новымъ, и въ третьей—причины внесенія или сохраненія статьи (по большей части весьма краткія), то онъ и носитъ названіе синоптическаго. Онъ не былъ обращенъ въ продажу и составляетъ библіографическую рѣдкость.

2) Общая объяснительная записка къ проекту, СПБ. 1844 г., содержащая указаніе на ходъ работъ и нѣкоторыя общія соображенія редакторовъ.

3) Краткое обозрѣніе хода работъ и предположеній по составленію новаго кодекса законовъ о наказаніяхъ, СПБ. 1846 г., составляетъ перепечатку предшествующей работы, но съ нѣкоторыми измѣненіями и дополненіями о порядкѣ разсмотрѣнія уложенія въ Государственномъ Совѣтѣ, и съ приложеніемъ указа о введеніи въ дѣйствіе уложенія.

Въ 1871 г. проектъ и общая объяснительная записка были отпечатаны и изданы II отдѣленіемъ Его Императорскаго Величества канцеляріи, но, къ сожалѣнію, въ это изданіе не вошли не менѣе драгоцѣнныя пособія, а именно журналы Высочайше утвержденной комиссіи при Государственномъ Совѣтѣ и общаго собранія Государственнаго Совѣта.

4) Всего къ своду 1832 г. было шесть продолженій. Къ своду 1842 г., до изданія уложенія 1845 г., было пять продолженій, уложеніе вошло въ 6-е; послѣ того до 1857 г. было 13 продолженій, причемъ нѣкоторыя выходили черезъ полгода; къ своду 1857 г., до изданія уложенія 1866 г., было шесть продолженій, изъ которыхъ 5-е было сводное.

(п. с. з. 35588) объ отмѣнѣ отдачи въ военную службу въ видѣ наказанія и 19 Февраля 1861 г. объ освобожденіи крестьянъ, отразившіеся на уголовномъ законодательствѣ двояко: непосредственно на измѣненіи редакціи и на исключеніи нѣкоторыхъ статей, которыя обусловливались существованіемъ личной зависимости между помѣщиками и крестьянами, и посредственно, поколебавъ два главнѣйшіе устоя карательной системы уложенія: различіе наказаній для лицъ привилегированныхъ и непривилегированныхъ и, затѣмъ, господство тѣлесныхъ наказаній; естественнымъ и неизбѣжнымъ послѣдствіемъ закона 19 Февраля былъ законъ 17 Апрѣля 1863 г. (п. с. з. 39504). Этимъ закономъ: во-1-хъ, отмѣнялось примѣненіе тѣлесныхъ наказаній, какъ дополнительной мѣры взысканія, во-2-хъ, измѣнялись постановленія закона 1853 г. о замѣнѣ розгами наказанія лишеніемъ свободы для лицъ непривилегированныхъ; въ-3-хъ, отмѣнялись нѣкоторые виды тѣлесныхъ наказаній, какъ-то: плети, шпицрутены; въ-4-хъ, срокъ всѣхъ исправительныхъ наказаній сокращался на ⅓. Очевидно, что одинъ этотъ законъ измѣнялъ редакцію болѣе половины статей уложенія. Такое же вліяніе, конечно, должны были имѣть судебные уставы 20 Ноября 1864 г., а въ частности уставъ о наказаніяхъ, налагаемыхъ мировыми судьями, въ силу коего изъ уложенія надлежало исключить цѣлый рядъ статей, объемлемыхъ уставомъ. Значительность всѣхъ этихъ измѣненій свидѣтельствовала, что уложеніе нуждалось не въ продолженіи, а въ переизданіи. Это и послужило основаніемъ Высочайше утвержденнаго мнѣнія Государственнаго Совѣта отъ 27 Декабря 1865 г. (п. с. з., 42839) о согласованіи уложенія о наказаніяхъ съ уставомъ о наказаніяхъ [1]). Этимъ закономъ было: во-1-хъ, измѣнено значительное число статей уложенія; во-2-хъ указаны статьи, которыя должно замѣнить соотвѣтственными статьями устава о наказаніяхъ или и вовсе отмѣнить. Кромѣ того, еще ранѣе (22 Ноября 1865 г.) Государственнымъ Совѣтомъ былъ утвержденъ составленный во II отдѣленіи подробный перечень статей уложенія, замѣненныхъ статьями устава, и сдѣланы въ уложеніи необходимыя измѣненія редакціи нѣкоторыхъ статей.

На основаніи этого и состоялось, по Высочайшему повелѣнію, третье изданіе уложенія о наказаніяхъ 1866 г., въ которое были включены всѣ постановленія по 1 Марта 1866 г.; при этомъ число статей значительно сократилось, а именно, осталось 1711 вмѣсто 2304.

Позднѣйшіе уголовные законы вносились попрежнему въ продолженія [2]), но значительное число ихъ и существенныя измѣненія, внесенныя въ редакцію огромнаго количества статей, потребовали новаго изданія. Такими главнѣйшими законами были: законъ 31 Марта 1870 г. (48206), о замѣнѣ арестантскихъ ротъ исправительно-арестантскими отдѣленіями, законъ, мало измѣнявшій уложеніе по существу, но затронувшій редакцію огромнаго числа статей уложенія; законъ 1871 г. Марта 23 (49395), измѣнившій отчасти диспозитивную часть постановленій объ убійствѣ, а въ особенности его наказуемость; уставъ о воинской повинности 1 Января 1874 г.; законъ 4 Іюня 1874 г. (53606), о бунтѣ и противозаконныхъ сообществахъ; 1880 г. 23 Ноября, объ отмѣнѣ акциза съ соли; законъ 26 Мая 1881 г. (198), объ отмѣнѣ публичнаго исполненія смертной казни; законъ 27 Октября 1881 г. (483), объ измѣненіи отвѣтственности несовершеннолѣтнихъ; законъ 8 Іюня 1882 г. (952), объ отвѣтственности за оскорбленіе Государя Императора и членовъ царствующаго дома; 11 Мая 1882 г., о взрывчатыхъ веществахъ; 18 Мая 1882 г. (890), о квалифицированныхъ кражахъ, въ частности объ измѣненіи постановленій о кражѣ со взломомъ; законы 3 Мая 1883 г. и 1 Мая 1884 г., о раскольникахъ; законъ 24 Апрѣля 1884 г., объ отмѣнѣ смирительныхъ и рабочихъ домовъ и замѣнѣ ихъ заключеніемъ въ тюрьмѣ, потребовавшій также передѣлки значительнаго числа статей; законъ 16 Іюня 1884 г. объ измѣненіи отвѣтственности за растраты; законъ 1885 г. Іюня 11, объ отмѣнѣ раздѣленія каторжныхъ работъ на рудниковыя, крѣпостныя и заводскія и о различеніи степеней этого наказанія только по срокамъ; законъ 25 Ноября 1885 г., объ измѣненіи редакціи цѣлаго ряда статей уложенія, и,

---

[1]) Законъ этотъ съ мотивами отпечатанъ въ 5-мъ томѣ судебныхъ уставовъ, изданныхъ государственною канцеляріею, 2 изд. 1867 г.

[2]) До изданія уложенія 1885 г. было восемь продолженій: 1868, 1869, 1871, 1872, 1876 гг. (сводное), 1879, 1881 и 1883 гг.

наконецъ, законъ 17 Декабря 1885 г., объ измѣненіи отвѣтственности за нарушенія устава паспортнаго и устава врачебнаго.

За силою этихъ измѣненій, согласно Высочайшему повелѣнію, состоялось четвертое, 1885 г., изданіе уложенія, въ которое вошли всѣ узаконенія по 31 Декабря 1885 г.; вмѣстѣ съ тѣмъ изъ уложенія выдѣлены, согласно Высочайшему повелѣнію 1883 г., всѣ правила о взысканіяхъ за нарушеніе постановленій о питейномъ и табачномъ сборахъ и объ акцизѣ съ сахара; нумерація статей осталась та же, какъ и въ изданіи 1866 г., такъ что вновь образованныя статьи были означаемы нумеромъ предшествующей статьи съ дополнительною нумераціею, такъ: 30, 30 1, 30 2 и т. д., а статьи отмѣненныя или исключенныя оговаривались особо. Вмѣстѣ съ тѣмъ, отъ уложенія отдѣлились законы судопроизводства уголовнаго, которые, согласно 1-му пункту указа 5 Ноября 1885 г., помѣщены вмѣстѣ съ процессуальными гражданскими законами, въ новый XVI томъ свода.

Законы, вышедшіе послѣ 1885 г., вносятся въ продолженія [1]), изъ которыхъ послѣднее 1895 г., содержащее узаконенія по 15 Іюля 1895 г., было сводным. Изъ числа этихъ узаконеній наиболѣе важными были: 1886 г. Января 6 (3447) о тюремныхъ работахъ; 1886 г. Іюня 3 (3762), 1890 г. Апрѣля 24 (6742), 1893 г. Іюня 8, о нарушеніи правилъ фабричныхъ, и 1886 г. Іюня 12 (3803), о нарушеніи правилъ о наймѣ сельскихъ рабочихъ; 1886 г. Декабря 8 (4069), о поврежденіи международнаго телеграфа; 1887 г., Іюня 15 (4582), о гербовомъ сборѣ; 1888 г. Марта 21 (5078), о лѣсныхъ порубкахъ; 1888 г. Апрѣля 4 (5120), о защитныхъ лѣсахъ; 1889 г. Января 10 (5697) о совершеніи раскольниками требъ надъ православными; 1889 г. Ноября 27 (6384), о поврежденіи телефоновъ; 1890 г. Апрѣля 24 (6747), объ оскорбленіи караула; 1890 г. Мая 14 (6828), о церковныхъ свѣчахъ; 1890 г. Декабря 3 (7255), объ охраненіи водовмѣстилищъ въ Закавказьѣ; 1891 Января 15 (7362), уставъ о соли; 1891 г. Апрѣля 8 (7606), о маргаринѣ; 1891 г. Мая 13 (7687), о нарушеніи правилъ о погребеніи; 1891 г. Іюня 11 (7817), о стачкахъ; 1891 г. Декабря 9 (8144), о нападеніи одной части населенія на другую; 1892 г. Февраля 3, о совокупности и повтореніи; 1892 г. Февраля 3 о нарушеніи правилъ объ охотѣ; 1892 г. Апрѣля 20, объ открытіи государственныхъ тайнъ; 1892 г. Апрѣля 27, объ отвѣтственности малолѣтнихъ; 1892 г. Іюня 11, объ отвѣтственности членовъ городскихъ и земскихъ собраній; 1892 г. Іюня 18, о ростовщическихъ сдѣлкахъ на хлѣбъ; 1892 г. Іюня 18, о богомоленіяхъ евреевъ; 1892 г. Декабря 14, о расторженіи брака ссыльныхъ; 1892 г., выдѣленіе изъ уложенія нарушеній уставовъ таможенныхъ; 1893 г. Апрѣля 17, о совершеніи иновѣрными духовными обрядовъ надъ православными; 1893 г. Апрѣля 23, объ обманахъ при запрещенныхъ сдѣлкахъ; 1893 г. Мая 3, о торговлѣ крѣпкими напитками; 1893 г. Мая 12, о нарушеніи правилъ объ охранѣ народнаго здравія; 1893 г. Мая 24, о ростовщичествѣ; 1893 г. Іюля 8 и 1894 г. Іюня 3, о воспрещенныхъ банкирскихъ сдѣлкахъ; 1894 г. Іюня 3, о видахъ на жительство; 1895 г. Января 9, о казенной продажѣ вина; 1895 г. Марта 20, о поддѣлкѣ чая; 1895 г. Мая 8, о дѣланіи фальшивыхъ картъ; 1895 г. Мая 8, о знакахъ почтовой оплаты. Затѣмъ изъ законовъ, вышедшихъ послѣ изданія продолженія 1895 г., нужно указать: 12 Февраля 1896 г., объ отвѣтственности нехристіанъ за препятствованіе христіанамъ исполнять христіанскіе обряды; 26 Февраля 1896 г., о поддѣлкѣ товарныхъ знаковъ; 11 Марта 1896 г., о нарушеніяхъ пробирнаго устава; 7 Апрѣля 1897 г., о лѣсныхъ нарушеніяхъ; 2 Іюня 1897 г., объ отвѣтственности малолѣтнихъ; 8 Іюня 1898 г., о промысловомъ налогѣ, и, наконецъ, 1900 г. Іюня 10—12, о ссылкѣ. Причемъ нельзя не отмѣтить, что изъ вышедшихъ послѣ 1885 г. уголовныхъ постановленій значительное большинство было основано на проектѣ дѣйствующаго уголовнаго уложенія, предположенія составителей котораго такимъ образомъ мало по малу входили въ нашу юридическую жизнь.

Дополняющимъ уложеніе, сборникомъ дѣйствующихъ общихъ уголовныхъ законовъ являлся уставъ о наказаніяхъ, налагаемыхъ мировыми судьями.

Предположенія о составленіи особаго кодекса для маловажныхъ уголовныхъ дѣлъ возникли еще въ 1859 г. и уже въ 1861 г. главноуправлявшимъ II отдѣленіемъ, графомъ Блудовымъ, была представлена всеподданнѣйшая докладная записка о судебно-полицейскомъ уставѣ, въ видѣ приложенія къ коей находилось извлеченіе изъ уложенія тѣхъ статей,

---

[1]) Продолженія: 1886 г. (сводное), 1887, 1889, 1890 гг. (сводное), 1891, 1893 и 1895 гг. (сводное).

которыя должны были войти въ этотъ уставъ, всего 605 статей. На основаніи этого извлеченія и былъ составленъ въ особой комиссіи при II отдѣленіи проектъ устава о взысканіяхъ за проступки, подвѣдомые мировымъ судьямъ, и былъ сообщенъ на разсмотрѣніе нѣкоторыхъ лицъ, а затѣмъ, послѣ двукратной переработки, 15 Мая 1864 г., внесенъ въ Государственный Совѣтъ, который и разсматривалъ его въ соединенныхъ департаментахъ въ засѣданіяхъ 1 и 9 Іюля 1864 г., а въ общемъ собраніи 30 Сентября 1864 г. Проектъ былъ Высочайше утвержденъ 20 Ноября и обнародованъ вмѣстѣ съ судебными уставами, какъ особая ихъ часть [1]); въ 1883 г. уставъ вышелъ вторымъ изданіемъ, вмѣстѣ съ судебными уставами Императора Александра II, а затѣмъ въ 1885 г. третьимъ изданіемъ и помѣщенъ вмѣстѣ съ уложеніемъ, какъ особая часть XV тома; въ обоихъ послѣднихъ изданіяхъ сохранена старая нумерація, а вновь введенныя статьи помѣщены, какъ подраздѣленія прежнихъ статей: 30, 30 1, 30 2 и т. д. Дополнительныя узаконенія вошли въ тѣ же продолженія, какъ и узаконенія по уложенію о наказаніяхъ [2]).

Уставъ содержалъ 181 статью (а съ дополнительными 207), причемъ глава 1-я содержала общія положенія объ условіяхъ наказуемости, нѣсколько отступающія отъ общихъ положеній уложенія о наказаніяхъ. Поэтому, и согласно съ примѣчаніемъ къ ст. 147 уложенія, въ тѣхъ случаяхъ, когда общія судебныя мѣста примѣняли уст. наказ., напр., при совокупности, при отпаденіи на судѣ обстоятельствъ, квалифицирующихъ, имѣвшихся въ виду при преданіи суду и т. п., они обязаны были примѣнять не только особенную часть устава, но и его общія положенія.

Но въ то же время эти общія положенія являются только исключеніями изъ общихъ положеній уложенія, а потому они должны были быть разъясняемы на основаніи постановленій уложенія; въ особенности это имѣло значеніе для тѣхъ постановленій, въ коихъ уставъ содержалъ только одни наименованія, безъ какихъ либо поясненій, какъ, напр., о необходимой оборонѣ.

Несмотря на столь долгое существованіе уложенія о наказаніяхъ 1845 г., литературная обработка и комментированіе его, помимо монографическихъ изслѣдованій отдѣльныхъ вопросовъ, представляется весьма скудною. Такъ, по общей части, въ учебникѣ В. Спасовича, въ концѣ, былъ помѣщенъ критическій обзоръ 1-го раздѣла уложенія, и, кромѣ того, такой же обзоръ помѣщенъ Н. Неклюдовымъ въ приложеніяхъ къ переводу учебника Бернера; только въ позднѣйшихъ руководствахъ, приведенныхъ выше при обозрѣніи литературы, благодаря ихъ позитивному направленію, обработка положительнаго матеріала заняла подобающее мѣсто. Для изложенія особенной части нужно указать: А. Лохвицкій, Курсъ русскаго уголовнаго права, 2 изд. 1871 г.; Н. Неклюдовъ, Руководство къ особенной части уложенія, 4 тома, 1876 1886 гг.; Будзинскій, О преступленіяхъ въ особенности, 1887 г.; И. Фойницкій, Курсъ русскаго уголовнаго права, часть особенная, 3 изд. 1900 г.; Наконецъ, для устава о наказаніяхъ налагаемыхъ мировыми судьями, Желѣзниковъ, Настольная книга для мировыхъ судей, 2 изд., 1869 г.;—Н. Неклюдовъ, Руководство для мировыхъ судей, 1874 года.

Несравненно значительнѣе представлялась практическая разработка дѣйствующаго уголовнаго права въ рѣшеніяхъ судебныхъ мѣстъ, и сборники этихъ рѣшеній не только представляли существенное пособіе для примѣнителей уложенія и устава о наказаніяхъ, но навсегда останутся драгоцѣнными матеріалами для разработки уголовнаго права.

Къ такимъ сборникамъ, до введенія судебной реформы, принадлежатъ:

Сборникъ Высочайше утвержденныхъ мнѣній Государственнаго Совѣта, разъясняющихъ примѣненіе на практикѣ многихъ статей уложенія о наказаніяхъ и уголовнаго судопроизводства. Вышло въ 1862 г. двѣ части, въ первой рѣшенія съ 1846—1862 гг., а во второй—за 1862 г. Указанія на позднѣйшія рѣшенія можно найти въ отчетахъ Государ-

---

1) Ср. свѣдѣнія о его составленіи въ моихъ изданіяхъ устава о наказаніяхъ, предисловіе.

2) Пособіями для изученія и примѣненія уст. наказ. служила объяснительная записка составителей проекта устава и журналы засѣданій департаментовъ и общаго собранія Государственнаго Совѣта. Извлеченія изъ этого матеріала напечатаны въ изданіи судебныхъ уставовъ, сдѣланномъ государственною канцеляріею въ IV т. 2 изд. 1867 г., а затѣмъ эти матеріалы напечатаны полностью подъ соотвѣтствующими статьями въ моихъ изданіяхъ уст. наказ.

ственнаго Совѣта; Собраніе рѣшеній общихъ собраній Сената 1863—1865 гг. въ 4-хъ томахъ, 1891 г., въ т. II, кн. IV находятся 150 рѣшеній по дѣламъ уголовнымъ; Даниловъ, Указатель вопросовъ уголовнаго права, разрѣшавшихся на консультаціи, при министерствѣ юстиціи учрежденной, 1875 года.

А изъ сборниковъ послѣ реформы—сборники рѣшеній кассаціонныхъ департаментовъ Правительствующаго Сената и общихъ его собраній съ 1866 г.

Конечно, пользоваться этими сборниками необходимо въ подлинникѣ; но, благодаря массѣ матеріала, такъ какъ, напр., число напечатанныхъ рѣшеній уголовнаго кассаціоннаго департамента, съ 1866 г., составляетъ болѣе 12,000, оріентировка въ нихъ представляетъ много затрудненій. Поэтому значительную помощь даютъ указатели: во-1-хъ, прилагаемые ежегодно къ самому сборнику и притомъ въ двухъ видахъ: указателя фамилій лицъ, дѣла о коихъ разсматривались въ Сенатѣ, и постатейнаго указателя тѣхъ статей, которыя были разъяснены въ рѣшеніяхъ Сената; во-2-хъ, офиціозные сборники, издаваемые канцеляріею Сената; послѣдній такой указатель вопросовъ, разъясненныхъ уголовнымъ департаментомъ, былъ изданъ въ 1878 г.; въ-3-хъ, частные сборники [1]); въ первое время сенатской практики такихъ сборниковъ являлось множество; изъ нихъ по уголовному праву и судопроизводству наибольшею извѣстностью пользовались: Г. Трахтенбергъ, Алфавитный указатель вопросовъ, разрѣшенныхъ уголовнымъ кассаціоннымъ департаментомъ и общимъ собраніемъ, послѣднее (второе) изданіе вышло въ 1878 г., дополненіе къ нему, содержащее выдержку изъ рѣшеній съ 1878—1888 гг., вышло въ 1889 г.; А. Поповъ, Извлеченія изъ рѣшеній кассаціонныхъ департаментовъ Правительствующаго Сената, послѣднее (третье) изданіе 1873 г.; Н. Рычковъ, Систематическій сводъ опредѣленій соединеннаго присутствія 1-го и уголовнаго кассаціоннаго департаментовъ Сената, 1877 года.

Наибольшимъ распространеніемъ, если судить по числу изданій, пользовались мои изданія: уложенія—11-ое изданіе 1901 г., и устава о наказ., 14 изд. 1902 г. Къ числу пособій и по уголовному праву нужно также отнести: Н. Быстровъ, Систематическій указатель вопросовъ, разрѣшенныхъ общимъ собраніемъ Правительствующаго Сената съ 1866—1900 гг., изд. 1901 года.

Кромѣ того, нельзя не указать на изданія спеціальныхъ уставовъ, въ которыхъ приведены и соотвѣтственныя рѣшенія Сената.—Сокаловъ, Акцизные уставы, 6 изд., 1886 г.; Шрамченко, Уставъ строительный, 7 изд., 1901 г.; М. Цейль, Уставъ лѣсной, 2 изд., 1898 г. и др. Много матеріала можно найти и въ практикѣ соединенныхъ присутствій Сената:—Н. Рычковъ, Систематическій сводъ опредѣленій соединеннаго присутствія 1-го и уголовнаго кассаціоннаго департамента Сената, 1877 г.; В. Тимофѣевскій и С. Кузнецовъ, Систематическій сборникъ рѣшеній Правительствующаго Сената объ отвѣтственности должностныхъ лицъ (съ 1868—1896 гг.) 1896 года.

Обозрѣвая эти источники общихъ уголовныхъ законовъ и въ частности уложеніе о наказаніяхъ, нельзя не сказать, что уложеніе 1845 г. давно уже требовало замѣны [2]).

Изъ всѣхъ областей права наиболѣе измѣнчивымъ является право уголовное: на понятіяхъ о преступленіи и наказаніи съ наглядностью отражаются всѣ политическіе и соціальные перевороты народной жизни, и чѣмъ быстрѣе развивается жизнь, тѣмъ быстрѣе совершаются эти реформы: «Идея о наказаніи, замѣчаетъ Іерингъ, переживаетъ вмѣстѣ съ народомъ всѣ фазы его нравственнаго развитія, отражая на себѣ, какъ на мягкомъ и податливомъ воскѣ, всѣ болѣе или менѣе значительныя явленія переживаемой эпохи». Оттого то уголовные кодексы XIX столѣтія такъ недолговѣчны, оттого то за каждымъ политическимъ переворотомъ, какъ, напр., за революціями 1830 и 1848 гг., въ большин-

---

1) Высочайше утвержденнымъ мнѣніемъ Государственнаго Совѣта отъ 27 Марта 1889 г. судебнымъ мѣстамъ воспрещено ссылаться на узаконенія и постановленія, перепечатанныя въ частныхъ изданіяхъ.

2) Ср. оцѣнку уложенія у Н. Неклюдова, Приложенія къ учебнику Бернера, стр. 274; моя статья: Уложеніе о наказаніяхъ, его характеристика и оцѣнка, въ журналѣ гражданскаго и уголовнаго права, 1873 г., № 1.

ствѣ европейскихъ государствъ слѣдуютъ или полные новые кодексы или обширныя законодательныя реформы.

А многое заставляло признать уложеніе кодексомъ устарѣлымъ, такъ какъ: во-1-хъ, оно было много старѣе своего формальнаго существованія: вышедши въ 1845 г., оно восприняло въ себя, съ одной стороны, сводъ законовъ съ его глубоко, вплоть до уложенія 1649 г., идущими корнями, а съ другой,—дѣйствовавшіе въ то время западно-европейскіе кодексы, изъ которыхъ большинство относилось къ первой четверти прошлаго столѣтія; во-2-хъ, едва-ли въ новѣйшей исторіи какой либо страны мы найдемъ такую массу коренныхъ реформъ, глубоко изборождившихъ всю общественную жизнь, какъ въ Россіи съ 1856 г.: могли ли не расшатать существующую карательную систему такія реформы, какъ отмѣна крѣпостнаго права, ограниченіе примѣненія тѣлеснаго наказанія, введеніе участія общества въ завѣдываніи мѣстнымъ хозяйствомъ и, наконецъ, судебная реформа.

Недостатки уложенія проистекали прежде всего изъ самой задачи, поставленной составителями. Какъ было указано выше, они не предполагали создать уложеніе, а думали только свести въ одно законы, накопившіеся въ теченіе двухъ столѣтій. Но можно ли было выполнить такую задачу, можно-ли было объединить постановленія, разнствующія не въ подробностяхъ, а въ самомъ принципѣ, объединить узаконенія, проявляющія патріархальныя воззрѣнія на преступленія эпохи царя Алексѣя, начало слѣпаго повиновенія велѣніямъ власти—эпохи Петра I и постановленія Екатерины II, или начала царствованія Александра 1-го, создавшіяся, по крайней мѣрѣ, отчасти, подъ вліяніемъ французской философіи XVIII вѣка?

Эта коренная ошибка въ постановкѣ задачи повлекла за собою по необходимости и дальнѣйшія: 1) полную рознь принциповъ между различными отдѣлами уложенія, различіе въ самомъ взглядѣ на понятіе о преступленіи и на существенныя условія наказуемости; 2) отсутствіе сколько нибудь точнаго масштаба при опредѣленіи отвѣтственности за преступленія, что обнаруживается при сравненіи между собою не только статей различныхъ отдѣловъ, но иногда одного и того же раздѣла, какъ это, напр., съ наглядностью можно видѣть при сопоставленіи, съ точки зрѣнія размѣровъ отвѣтственности, видовъ квалифицированной кражи; 3) формальное противорѣчіе отдѣльныхъ постановленій, отсутствіе началъ и ученій, дѣйствительно общихъ всему уложенію; въ этомъ отношеніи безъ преувеличенія можно сказать, что въ уложеніи нѣтъ ни одного общаго правила или положенія, которое было бы выдержано во всѣхъ его раздѣлахъ, отъ котораго бы кодексъ не отрекался по нѣсколько разъ, иногда въ одной и той же главѣ.

Но кромѣ этихъ недостатковъ, коренившихся въ самой цѣли, поставленной составителями, еще большее значеніе представляли недостатки выполненія. Не вдаваясь въ подробности, достаточно указать на главнѣйшіе изъ нихъ.

Первое, что поражало при изученіи диспозитивной части уложенія—это отсутствіе обобщеній, способъ обработки матеріала, оказавшійся весьма неудовлетворительнымъ. Вмѣсто того, чтобы дать въ кодексѣ общія положенія, характеризовать преступныя дѣянія и затѣмъ предоставить примѣнителямъ закона путемъ толкованія подводить подъ эти положенія отдѣльные случаи, составители задумали соперничать съ творческою силою жизни: они мечтали казуистикою кодекса обнять вѣчно новыя явленія въ области преступленій, они предполагали создать для суда такія руководящія начала, при помощи коихъ судья приравнивался бы къ машинѣ, не требующей для своей дѣятельности никакихъ юридическихъ знаній. «Это отвращеніе отъ теоретическихъ опредѣленій, боязнь отвлеченности, какъ замѣчаетъ пр. Спасовичъ, (учебн., стр. 326) поставило уложеніе во многихъ отношеніяхъ ниже свода законовъ уголовныхъ и сдѣлало его похожимъ на средневѣковые сборники законовъ, когда искусство законодательное, будучи въ дѣтствѣ, не умѣло отвлекать, когда оно ограничивалось собираніемъ и обобщеніемъ извѣстнѣйшихъ судебныхъ приговоровъ».

Такой пріемъ привелъ прежде всего къ невѣроятной многостатейности уложенія, превышающаго количествомъ статей раза въ четыре любой изъ современныхъ уголовныхъ кодексовъ. «Это количество столь значительно, прибавляетъ пр. Спасовичъ, что память человѣческая не можетъ съ нимъ справиться, и нѣтъ юриста, ни теоретика, ни практика, который зналъ бы уложеніе во всѣхъ подробностяхъ; обыкновенно знакомство ограничивается однимъ первымъ раздѣломъ уложенія и немногими главами остальныхъ раздѣловъ, болѣе употребительными на практикѣ». Далѣе, масса видовъ, подраздѣленій

каждаго преступнаго дѣянія, устраняла возможность дать точную характеристику отдѣльныхъ типовъ: кто не знаетъ, сколько трудностей, и большею частію непреоборимыхъ, представляло опредѣленіе отдѣльныхъ категорій кражи, или, напр., установленіе границъ между понятіями возстанія общаго и частнаго, и т. п.? Наконецъ, это стремленіе къ казуистичности естественно должно было привести къ неполнотѣ кодекса: каждый практикъ, каждое лицо, изучавшее рѣшенія нашего Сената, знаетъ, какъ часто приходилось у насъ суду прибѣгать къ самому распространительному толкованію текста, и какъ часто тѣмъ не менѣе оказывались дѣянія, несмотря и на этотъ пріемъ толкованія, не подходящія подъ уголовные запреты!

Въ связи съ казуистичностью, стояло и отсутствіе юридической техники: составители, повидимому, и не додумались до необходимости особыхъ пріемовъ законодательной техники, они упустили изъ виду даже такое основное требованіе, чтобы опредѣленія закона не заключали въ себѣ ничего излишняго, чтобы языкъ закона былъ твердый и точный, можетъ быть не всегда удовлетворяющій литературнымъ требованіямъ, но за то наиболѣе пригодный для судебной практики. Кто не знаетъ, какъ были многословны статьи уложенія, какъ много въ нихъ ненужныхъ словъ и выраженій, только затемняющихъ смыслъ, какъ часто законодатель вводилъ въ характеристику дѣянія и самые мотивы, вызвавшіе тотъ или другой уголовный законъ, вводилъ даже иногда въ текстъ историческіе матеріалы, такъ сказать, законодательныя воспоминанія. Возьмемъ, напр., опредѣленіе даже такого преступленія, какъ кража по ст. 1644 (изд. 1885 г.): «кражею признается всякое, какимъ бы то ни было образомъ, но въ тайнѣ, безъ насилія, угрозъ и вообще безъ принадлежащихъ къ свойству разбоя или грабежа обстоятельствъ, похищеніе чужихъ вещей, денегъ или иного движимаго имущества». Такъ ли бы долженъ изложить это опредѣленіе законодатель-техникъ? Конечно, нѣтъ, онъ далъ бы болѣе простое и точное опредѣленіе: «кражею признается тайное похищеніе чужаго движимаго имущества» и только. Напрасно бы мы стали искать въ уложеніи терминовъ, твердо установленнаго значенія отдѣльныхъ словъ и выраженій; напротивъ того, законодатель употреблялъ, повидимому, всѣ старанія, чтобы избѣжать однообразія, а вслѣдствіе того и точности опредѣленій.

Наконецъ, нельзя не посѣтовать на отношеніе составителей уложенія 1845 г. къ находившемуся въ ихъ распоряженіи иностранному законодательному матеріалу: они ограничились по отношенію къ нему механическимъ заимствованіемъ, они вносили, большею частію, безъ разбора, постановленія, которыя находили въ многоразличныхъ нѣмецкихъ кодексахъ, въ законодательствѣ французскомъ или австрійскомъ, не задумываясь о томъ, что эти постановленія являлись иногда выводами совершенно различныхъ основныхъ положеній, что очень часто противорѣчіе между ними было не формальное, а внутреннее, неустранимое путемъ внѣшняго сглаживанія, они забывали, что нельзя объединять необъединимое.

Не менѣе серьезные недостатки оказались и въ карательной системѣ уложенія. Его лѣстница наказаній на первый разъ поражаетъ своею грандіозностью и кажущеюся стройностью. Всѣ наказанія были раздѣлены на общія и особенныя, общія раздѣлялись на главныя и дополнительныя, главныя на уголовныя и исправительныя, уголовныя дробились на 4 рода, а исправительныя на 7; нѣкоторые роды исправительныхъ наказаній подраздѣлялись еще на виды, всѣ роды дѣлились на степени, такъ что получалось въ однихъ общихъ наказаніяхъ 11 родовъ и 37 степеней.

Но при ближайшемъ разсмотрѣніи прежде всего расшатывалась эта кажущаяся стройность, такъ какъ оказывалось, что судъ вовсе не можетъ спокойно двигаться вверхъ и внизъ по этой лѣстницѣ, а ему весьма нерѣдко приходилось дѣлать обходы и прыжки и часто совершенно неожиданные; происходило это оттого, что въ одной и той же лѣстницѣ были помѣщены наказанія и общія и особенныя, а низшія степени нѣкоторыхъ родовъ оказывались вовсе непріуроченными къ высшимъ степенямъ послѣдующихъ.

Въ то же время эта лѣстница не обнимала собою всѣхъ карательныхъ мѣръ, такъ какъ при отдѣльныхъ преступленіяхъ встрѣчались нерѣдко своеобразныя взысканія, извѣстныя подъ общимъ именемъ исключительныхъ наказаній, о которыхъ и не упоминалось въ 1-мъ раздѣлѣ и которыя, являясь неподвижными, неизмѣняемыми, крайне затрудняли практику.

Попытка редакторовъ создать столь разнообразные типы наказаній, въ особенности лишенія свободы, сама по себѣ уже представлялась непрактичною, и неумолимая жизнь

привела къ тому, что многіе изъ этихъ типовъ остались только на бумагѣ и побудили, наконецъ, законодателя выкинуть изъ лѣстницы наказаній въ 1884 г. рабочіе и смирительные дома, замѣнивъ ихъ тюрьмою.

Далѣе, крайне неудачною являлась столь излюбленная уложеніемъ ссылочная санкція: отсылка отъ одной статьи къ другой, очень часто въ весьма неопредѣленной формѣ, ибо такая санкція не только затрудняла пользованіе уложеніемъ на практикѣ, но при позднѣйшихъ измѣненіяхъ уложенія приводила иногда къ неожиданнымъ результатамъ, когда, напр., усиленіе наказанія по одной статьѣ влекло увеличеніе отвѣтственности и по другимъ статьямъ, которыхъ вовсе и не имѣлъ въ виду законодатель.

Къ этимъ первороднымъ грѣхамъ уложенія присоединились еще позднѣйшіе, появившіеся въ послѣдующихъ его изданіяхъ. Они зависѣли отчасти отъ свойства реформъ, расшатывавшихъ самые устои уложенія, какъ, напр., различіе по наказуемости лицъ привилегированныхъ и непривилегированныхъ, отчасти отъ невнимательнаго согласованія новыхъ законовъ съ уложеніемъ, неудачной кодификаціей. Въ особенности страдало въ этомъ отношеніи наскоро составленное изданіе уложенія 1866 г., котораго многія погрѣшности исправлены только въ послѣднемъ изданіи уложенія 1885 года. Измѣненія, послѣдовавшія послѣ 1887 г., и въ особенности законъ 1900 г. объ ограниченіи примѣненія ссылки, еще болѣе усилили даже формальную непригодность уложенія. Многознаменательны въ этомъ отношеніи соображенія Государ. Совѣта, изложенныя въ журналѣ по закону о ссылкѣ, на основаніи коихъ онъ призналъ предположенія министерства юстиціи о измѣненіи редакціи цѣлаго ряда статей уложенія не только несвоевременными, но и нецѣлесообразными: «Предполагая переиздать всѣ подлежащія измѣненію статьи уложенія, министерство юстиціи подвергло пересмотру лишь карательную санкцію сихъ статей, въ коей опредѣляются мѣры взысканія, оставивъ безъ всякаго измѣненія диспозитивную часть оныхъ, т. е. ту часть, на основаніи которой опредѣляются признаки преступныхъ дѣяній. Между тѣмъ уложеніе о наказаніяхъ давно уже признано во многихъ отношеніяхъ устарѣвшимъ, вслѣдствіе измѣнившихся потребностей народной жизни подъ вліяніемъ коренныхъ преобразованій, послѣдовавшихъ въ царствованіе Императоровъ Александра II-го и Александра III-го, существеннымъ образомъ повліявшихъ и на складъ гражданскихъ правоотношеній и на условія экономическаго и общественнаго быта. Одинъ изъ главнѣйшихъ недостатковъ дѣйствующаго уложенія составляетъ опредѣленіе преступленій не по ихъ существеннымъ признакамъ, а, такъ сказать, казуистически, каковое обстоятельство до крайности затрудняетъ судебныя мѣста какъ въ постановкѣ вопросовъ о событіи преступленія, такъ и въ самомъ примѣненіи наказанія. Этотъ, равно какъ и многіе другіе недостатки уложенія, привели къ сознанію его дальнѣйшей непригодности и несоотвѣтствія современному положенію государственной жизни»[1]).

Уставъ о наказаніяхъ, налагаемыхъ мировыми судьями, стоялъ несравненно выше уложенія по своей технической обработкѣ; но тѣмъ не менѣе его появленіе внесло новую неурядицу въ наше уголовное законодательство, такъ какъ самое одновременное существованіе двухъ общихъ уголовныхъ кодексовъ, съ различіемъ въ нѣкоторыхъ основныхъ ученіяхъ о преступленіи, объ опредѣленіи мѣры отвѣтственности и т. п., представлялось и теоретически несостоятельнымъ, и практически вреднымъ, въ особенности въ виду того, что оба кодекса регулировали преступныя дѣянія, отличающіяся не родовыми, а видовыми признаками, что оба они нерѣдко примѣнялись одними и тѣми же судами.

57. Эти недостатки уложенія давно обратили на себя вниманіе законодателя. Такъ, уже составители судебныхъ уставовъ считали необходимымъ условіемъ введенія судебной реформы переработку уложенія, а во всеподданнѣйшемъ докладѣ главноуправлявшаго II отдѣленіемъ князя С. Н. Урусова и министра юстиціи Д. Н. Набокова, отъ 22 Апрѣля 1881 г., было изложено, что «многолѣтній опытъ новой судебной практики показалъ самымъ наглядным образомъ, что дѣйствующее улож. о наказ., хотя и согласованное съ

[1]) См. мою статью объ отмѣнѣ ссылки въ «Правѣ» 1901 г. №№ 4 и 5.

уст. о наказ., не только не соотвѣтствуетъ требованіямъ новыхъ судебныхъ уставовъ, но и является препятствіемъ, со стороны технической своей обработки, правильному отправленію правосудія въ особенности на судѣ съ присяжными».

Въ министерствахъ попытки подготовленія коренной реформы уложенія начались съ половины шестидесятыхъ годовъ; такъ, въ министерствѣ внутреннихъ дѣлъ еще въ 1869 г. образовался комитетъ по вопросу о преобразованіи системы каторжныхъ работъ; въ 1872—73 г.г., подъ предсѣдательствомъ товарища министра внутреннихъ дѣлъ Шидловскаго, разсматривался вопросъ о каторгѣ, и одновременно съ этимъ, въ комиссіи подъ предсѣдательствомъ графа Соллогуба, составлялся проектъ общаго преобразованія нашей тюремной системы, подвергнутый потомъ разработкѣ въ особомъ комитетѣ подъ предсѣдательствомъ члена Государственнаго Совѣта П. А. Зубова (1873—1874). Въ то же время при министерствѣ юстиціи была образована комиссія подъ предсѣдательствомъ товарища министра Э. В. Фриша, для пересмотра 1-й главы 1-го раздѣла уложенія, и выработанный ею проектъ еще въ 1872 г. былъ внесенъ въ Государственный Совѣтъ [1]).

Затѣмъ, проекты какъ комиссіи министерства внутреннихъ дѣлъ, такъ и министерства юстиціи, были разсмотрѣны въ особой комиссіи при Государственномъ Совѣтѣ, подъ предсѣдательствомъ К. К. Грота, причемъ она всецѣло присоединилась къ проекту, выработанному комиссіею Э. В. Фриша, и внесла свои предположенія въ Государственный Совѣтъ, который мнѣніемъ, удостоеннымъ 11 Декабря 1879 г. Высочайшаго одобренія, установилъ основныя положенія, долженствующія быть принятыми въ руководство при преобразованіи тюремной части и существующей лѣстницы наказаній, а вмѣстѣ съ тѣмъ указалъ на необходимость въ возможно скорѣйшемъ времени приступить къ пересмотру уложенія о наказаніяхъ.

Предположенія о пересмотрѣ были представлены на благоусмотрѣніе Императора Александра II-го и удостоились его одобренія, а самый пересмотръ начался уже по восшествіи на престолъ Государя Императора Александра III. Высочайшимъ повелѣніемъ 30 Апрѣля 1881 г. былъ образованъ, подъ главнымъ руководствомъ главноуправляющаго II отдѣленіемъ и министра юстиціи, комитетъ для начертанія проекта новаго уголовнаго уложенія изъ 14 лицъ. Комитету въ руководство преподаны слѣдующія правила: I. Комитетъ, принявъ за основаніе общія начала 11 Декабря 1879 г., сообразуетъ свои труды съ потребностями современнаго состоянія государства, указаніями судебнаго опыта при примѣненіи дѣйствующаго законодательства, а равно съ положеніями науки уголовнаго права и постановленіями уголовныхъ законодательствъ иностранныхъ государствъ. II. Комитетъ долженъ составить проектъ одного уложенія, замѣняющаго какъ уложеніе, такъ и уставъ о наказаніяхъ. III. Комитетъ не включаетъ въ проектъ маловажныхъ нарушеній исключительно служебныхъ обязанностей, долженствующихъ войти въ особый дисциплинарный уставъ. IV. Комитету предоставляется не вносить въ проектъ нарушенія уставовъ казенныхъ управленій и другихъ спеціальныхъ уставовъ, а ограничиться опредѣленіемъ общихъ основаній отвѣтственности, а равно и предѣловъ ихъ наказуемости.

---

[1]) См. объ этомъ проектѣ мою статью въ Ж. Г. У. П. за 1873 г., № 3.

Комитетъ въ Маѣ 1881 г. образовалъ изъ состава своего редакціонную комиссію [1]), на которую возложено изготовленіе первоначальнаго проекта уголовнаго уложенія и объяснительной къ нему записки. Въ свою очередь комиссія распредѣлила между нѣкоторыми своими сочленами подготовку проектовъ отдѣльныхъ частей и объясненій къ нимъ, которые, по мѣрѣ изготовленія, должны были вноситься на обсужденіе комиссіи. Комиссія приступила къ работамъ съ 22 Октября 1881 года, начавъ съ разсмотрѣнія составленнаго мною проекта общей части, которому и посвятила 25 засѣданій, такъ что въ Ноябрѣ 1882 г. проектъ общей части вмѣстѣ съ объяснительною къ нему запискою, съ Высочайшаго соизволенія, былъ разосланъ нашимъ практикамъ и теоретикамъ, съ просьбою о доставленіи замѣчаній на проектъ. Вмѣстѣ съ симъ, проектъ и объяснительная записка были переведены на нѣмецкій языкъ, а проектъ и на французскій, и разосланы многимъ иностраннымъ ученымъ. Полученныя замѣчанія были собраны, систематизированы и отпечатаны въ пяти томахъ, причемъ замѣчанія иностранныхъ ученыхъ въ подлинникѣ вошли въ 5-й томъ, а въ переводѣ размѣщены въ соотвѣтственныхъ мѣстахъ первыхъ трехъ томовъ. Разсмотрѣніе этихъ замѣчаній и переработка соотвѣтственно имъ проекта начались съ 20 Ноября 1883 г. и заняли 26 засѣданій. Въ Августѣ 1884 г. разсмотрѣніе замѣчаній было окончено и переработанный проектъ общей части и объяснительная къ нему записка напечатаны.

Въ то же время комиссія занималась разсмотрѣніемъ проектовъ особенной части, а именно съ 13 Октября 1882 г. разсматривался составленный также мною проектъ посягательствъ на личность, которому комиссія посвятила 49 засѣданій и окончила работу въ Мартѣ 1884 г., такъ что въ Маѣ этого года проектъ и объяснительная записка были разосланы тѣмъ же порядкомъ, какъ и проектъ общей части.

Съ Ноября 1882 г. началось также разсмотрѣніе проекта посягательствъ на имущество, составленнаго И. Я. Фойницкимъ, и въ Маѣ 1886 г. комиссія опубликовала его и объяснительную записку обычнымъ порядкомъ.

Съ 1885 г. работы комиссіи, хотя и продолжались непрерывно, но уже не съ тою энергіею; въ теченіе этого времени были постепенно разсмотрѣны проекты остальныхъ частей, изъ которыхъ были опубликованы и подверглись обсужденію: проектъ о преступныхъ дѣяніяхъ по службѣ, составленный Н. А. Неклюдовымъ; о преступленіяхъ противъ семейнаго союза— составленный И. Я. Фойницкимъ, и проекты о преступныхъ дѣяніяхъ противъ порядка управленія и о поддѣлкѣ и подлогахъ, составленные мною. Полученныя замѣчанія разсматривались, и сообразно сему переработывались и проекты; вмѣстѣ съ тѣмъ, послѣдовательно съ ходомъ работъ, вновь пересматривались и исправлялись и проекты ранѣе пройденныхъ частей. Наконецъ, къ веснѣ 1895 г. первоначальное зданіе уголовнаго уложенія было закончено, и проектъ,

---

[1]) Въ составъ редакціонной комиссіи вошли по выбору: предсѣдатель Э. В. Фришъ; члены: В. Р. Лицкой, Н. А. Неклюдовъ, Е. Н. Розинъ, Н. С. Таганцевъ и И. Я. Фойницкій. Дѣлопроизводителемъ комиссіи назначенъ баронъ Э. Ю Нольде, участіе въ дѣлопроизводствѣ принимали: А. В. Лихачевъ, С. М. Латышевъ и Г. Г. Савичъ. При самомъ началѣ своихъ работъ комиссія понесла чувствительную утрату: умеръ ея членъ, одинъ изъ выдающихся нашихъ юристовъ практиковъ В. Р. Лицкой, на мѣсто его назначенъ В. К. Случевскій; не дожили до довершенія трудовъ комиссіи Н. А. Неклюдовъ († 1896). и Е. Н. Розинъ († 1902).

состоящій изъ 35 главъ и 589 статей, а равно и 8 томовъ объяснительной къ нему записки [1]), были внесены въ министерство юстиціи. За симъ министромъ юстиціи и предсѣдателемъ редакціонной комиссіи статсъ-секретаремъ Э. В. Фришемъ было испрошено Высочайшее повелѣніе о разсылкѣ проекта на заключеніе министерствъ и главноуправленій, по принадлежности. Срокъ представленія этихъ заключеній былъ назначенъ 1 Ноября 1895 г., но представленіе ихъ значительно замедлилось, и послѣдній отзывъ Святѣйшаго Синода былъ полученъ только въ Апрѣлѣ 1897 г. [2]); наиболѣе подробныя замѣчанія были представлены министрами иностранныхъ дѣлъ, внутреннихъ дѣлъ, финансовъ, государственныхъ имуществъ и военнымъ, а равно и Святѣйшимъ Синодомъ, причемъ почти всѣ вѣдомства, вполнѣ одобряя усвоенныя проектомъ начала, представили только возраженія и дополненія по его отдѣльнымъ постановленіямъ. Для разсмотрѣнія этихъ замѣчаній и вообще всего проекта при министерствѣ юстиціи было образовано особое совѣщаніе [3]), которое и окончило свои занятія къ Октябрю 1897 г., а 14 Марта 1898 г. представило проектъ въ Государственный Совѣтъ [4]). Въ Государственномъ Совѣтѣ, по особому Высочайшему повелѣнію, отъ 3 Іюня 1898, было образовано для разсмотрѣнія проекта особое *совѣщаніе*, подъ предсѣдательствомъ статсъ-секретаря Фриша, изъ членовъ Государственнаго Совѣта Розинга, Мордвинова, Галкина-Врасскаго, Герарда, Шамшина, Голубева, Фонъ-Дервиза, Верховскаго и Сабурова, министра юстиціи Муравьева, государственнаго секретаря Плеве, товарища министра Бутовскаго и первопр. угол. касс. департ. Правительствующаго Сената Таганцева; прочимъ же министрамъ и главноуправляющимъ предоставлено принимать участіе въ засѣданіяхъ по ихъ усмотрѣнію. Дѣлопроизводителемъ комиссіи назначенъ статсъ-секретарь Харитоновъ. Особое совѣщаніе приступило къ разсмотрѣнію 7 Октября 1898 г. и окончило таковое 17 Мая 1900 г., посвятивъ этому труду 58 засѣданій [5]). Вмѣстѣ съ тѣмъ, особое совѣщаніе предоставило министру юстиціи представить въ Государственный Совѣтъ предположенія о согласованіи судеб-

---

[1]) Томы I (общая часть), II (посягательства государственныя и прот. порядка управленія), V (подлогъ) и VI (посягательства личныя) были составлены мною; т. VIII (преступленія по службѣ) былъ первоначально составленъ Н. А. Неклюдовымъ, а въ окончательномъ изложеніи по поступившимъ замѣчаніямъ переработанъ мною; 2-я ч. т. IV (посягательства на союзъ семейный) и т. VII (посягательства имущественныя) составлены И. Я. Фойницкимъ; 1 ч. IV т. (посягательства религіозныя)—барономъ Э. Ю. Нольде и окончательно обработаны мною; 1 ч. III т. (нарушенія воинскаго устава) Г. Г. Савичемъ и 2 ч. III т. (нарушенія полицейскія)—С. М. Латышевымъ.

[2]) Всѣ эти заключенія включены въ матеріалы, внесенные въ Государств. Совѣтъ, т. IX.

[3]) Особое совѣщаніе состояло, подъ предсѣдательствомъ министра юстиціи Н. В. Муравьева, изъ товарищей министра П. М. Бутовскаго, В. Р. Завадскаго, директоровъ департамента П. Э. Шмемана и С. С. Манухина, вице-директора П. Д. Чаплина, на котораго было возложено дѣлопроизводство, при содѣйствіи А. А. Миндера и Э. А. Эрштрема. Постоянное участіе въ засѣданіяхъ совѣщанія принимали Э. В. Фришъ, П. С. Таганцевъ и баронъ Э. Ю. Нольде, а при разсмотрѣніи имущественныхъ нарушеній и И. Я. Фойницкій.

[4]) Въ журналахъ особаго совѣщанія помѣщены подробныя соображенія о принятіи или непринятіи отдѣльныхъ вѣдомственныхъ замѣчаній, а равно и основанія, по которымъ были измѣнены тѣ или другія статьи проекта. По разсмотрѣніи проекта, въ немъ сохранилось то же число главъ, но порядокъ ихъ измѣнился, между прочимъ, посягательства на ограждающіе вѣру законы перенесены, согласно замѣчанію Святѣйшаго Синода, во 2-ую главу. Число статей возросло до 594.

[5]) Въ пересмотрѣнномъ особымъ совѣщаніемъ проектѣ было уже 37 главъ и 666 статей.

*

ныхъ уставовъ съ новымъ уложеніемъ, а 18 Ноября 1898 г. была образована особая комиссія подъ предсѣдательствомъ сенатора Таганцева для составленія дополнительныхъ къ проекту уголовнаго уложенія узаконеній, т. е. согласованія съ нимъ всѣхъ прочихъ частей свода законовъ, съ тѣмъ, чтобы эта работа, оконченная въ Маѣ 1902, съ заключеніемъ министра юстиціи, была внесена на разсмотрѣніе Государственнаго Совѣта. Затѣмъ дополнительное засѣданіе совѣщанія было 26 Мая 1901 г., а 30 Мая 1901 г. журналъ совѣщанія былъ подписанъ. 6 Октября 1901 г., по Высочайшему повелѣнію, проектъ поступилъ на разсмотрѣніе особаго *присутствія* всѣхъ департаментовъ Государственнаго Совѣта и присоединенныхъ къ нимъ членовъ Государственнаго Совѣта И. Розинга и Д. Дервиза, государственнаго секретаря, нынѣ Мин. Вн. Дѣлъ, Плеве и первоприс. угол. касс. депар. Правительствующаго Сената Н. Таганцева, подъ предсѣдательствомъ статсъ-секретаря графа К. И. Палена. Это совѣщаніе окончило разсмотрѣніе проекта въ Маѣ 1902 г., но разсмотрѣніе проекта въ общемъ собраніи отложено до осени 1902 г.

§ 6. Особые источники дѣйствующаго уголовнаго права Россіи.

58. Обращаясь къ ближайшему разсмотрѣнію законовъ уголовныхъ, дѣйствующихъ въ предѣлахъ территоріи, съ точки зрѣнія объема ихъ дѣйствія, мы увидимъ, что они раздѣляются на двѣ группы: къ первой нужно отнести тѣ законы, коихъ велѣнія, направленныя къ охранѣ извѣстныхъ интересовъ, дѣйствуютъ въ предѣлахъ всей территоріи государства, по отношенію ко всѣмъ гражданамъ, къ другой—законы съ ограниченнымъ объемомъ дѣйствія; первые обыкновенно называются законами общими, вторые—особенными.

Обособленность уголовныхъ законовъ можетъ зависѣть: во-1-хъ, отъ мѣста, такъ какъ могутъ быть законы, которые имѣютъ силу и значеніе только относительно преступныхъ дѣяній, учиненныхъ въ извѣстной части территоріи; во-2-хъ, отъ національности, званія, сословія или дѣятельности лицъ, учинившихъ преступное дѣяніе, и въ-3-хъ, отъ особенности состава, условій, обстановки или времени совершенія преступныхъ дѣяній. Такимъ образомъ, законы могутъ быть особенными по мѣсту, лицамъ и роду дѣлъ. При этомъ очевидно, что всѣ эти признаки допускаютъ разнообразныя комбинаціи между собою: такъ, могутъ быть законы мѣстные, имѣющіе силу для всѣхъ преступныхъ дѣяній, учиненныхъ въ этой мѣстности, или для дѣяній, учиненныхъ тамъ извѣстною группою лицъ, или только для нѣкоторыхъ преступныхъ дѣяній, учиненныхъ притомъ извѣстною категоріею лицъ, и т. д.; равнымъ образомъ, и установленіе особыхъ законовъ для извѣстной группы лицъ можетъ крайне разнствовать по объему, стоитъ сравнить, напр., объемъ изъятій для военнослужащихъ, съ одной стороны, и для казначеевъ или нотаріусовъ, съ другой.

Взаимное отношеніе законовъ общихъ и законовъ особенныхъ также можетъ быть весьма различно. Законы особенные могутъ дополнять собою законы общіе, когда они содержатъ постановленія о преступныхъ дѣяніяхъ,

не предусмотрѣнныхъ законами общими; далѣе, они могутъ исключать дѣйствіе законовъ общихъ, когда законы особенные относятся къ тѣмъ же преступнымъ дѣяніямъ, которыя регулируются законами общими, и, наконецъ, они могутъ конкурировать съ законами общими, такъ что примѣненіе тѣхъ или другихъ будетъ зависѣть отъ различныхъ второстепенныхъ условій состава преступныхъ дѣяній, какъ, напр., отъ учиненія преступнаго дѣянія въ городѣ или волости, отъ соучастія въ дѣяніи лицъ различныхъ общественныхъ классовъ.

Также можетъ быть различно и отношеніе общихъ и особенныхъ законовъ по условіямъ подсудности; такъ, могутъ быть законы особенные, примѣняемые тѣми же общими судами, какими примѣняются и законы общіе; далѣе, могутъ быть законы особенные, примѣняемые и особенными судами, и, наконецъ, законы особенные, примѣняемые или общими или особенными судами, смотря по наличности второстепенныхъ условій состава, напр., въ зависимости отъ соучастія въ дѣяніи лицъ различныхъ званій или общественныхъ классовъ.

Законы особенные могутъ имѣть или постоянный или временный характеръ. Въ послѣднемъ случаѣ ихъ иногда называютъ законами чрезвычайными; таковы, напр., законы, дѣйствующіе въ военное время, въ мѣстностяхъ, объявленныхъ на военномъ положеніи, при наличности чрезвычайной или усиленной охраны.

Законы особенные нерѣдко помѣщаются въ тѣхъ же сборникахъ законовъ, гдѣ находятся и законы общіе. Такъ, въ дѣйствующемъ уложеніи мы встрѣчаемъ постановленія, спеціально относящіяся къ должностнымъ лицамъ, и даже къ извѣстной группѣ должностныхъ лицъ, къ казначеямъ, къ чиновникамъ полиціи и т. п.; постановленія объ отвѣтственности биржевыхъ маклеровъ; постановленія о нарушеніи правилъ о плаваніи по Волгѣ и Окѣ, правилъ о продажѣ золотыхъ издѣлій въ Сибири и т. д.; или же особенные законы помѣщаются въ особыхъ сборникахъ законовъ, какъ законы военные, церковные, акцизные и т. п.

Дополняя, а частью измѣняя постановленія общихъ карательныхъ законовъ, эти особыя постановленія не могутъ быть игнорируемы и при разработкѣ общей части уголовнаго права [1]), такъ какъ безъ установленія ихъ взаимоотношеній и связи, разрѣшеніе нѣкоторыхъ коренныхъ вопросовъ ученія о преступленіи и наказаніи можетъ получить неполноту и односторонность, а, съ другой стороны, такое полное отдѣленіе законовъ особенныхъ можетъ вызвать невѣрную мысль о самостоятельномъ характерѣ этихъ законовъ, о возможности созданія телеграфнаго, акцизнаго, лѣснаго или военнаго уголовнаго права, какъ самостоятельныхъ отраслей правовѣдѣнія, чему примѣры встрѣчаются въ литературѣ.

59. Всего менѣе и теоретическаго и практическаго значенія представляютъ законы особенные по роду дѣлъ, т. е. выдѣленные изъ общихъ уголовныхъ законовъ по особенностямъ охраняемыхъ ими интересовъ.

---

1) Въ особенности большое значеніе придаетъ разработкѣ спеціальныхъ законовъ Binding въ его Handbuch; ср. также мой Курсъ уголовнаго права, 1874 г.

Для оцѣнки этихъ изъятій не надо забывать, что на различіи интересовъ, какъ объектовъ преступныхъ посягательствъ, покоится вся систематика особенной части уголовнаго уложенія. Конечно, различіе не всегда предполагаетъ особенность, но внимательно пересматривая группы отдѣльныхъ преступныхъ дѣяній въ уголовномъ уложеніи, мы увидимъ, что они отличаются отъ особыхъ законовъ этого рода скорѣе количественно, чѣмъ качественно.

Обособленіе законовъ этого рода предполагаетъ отличія, болѣе или менѣе значительныя, въ общихъ признакахъ преступности и наказуемости, но, однако, и общія положенія уголовнаго уложенія примѣняются далеко не одинаково ко всѣмъ включеннымъ въ него преступнымъ дѣяніямъ, напр., къ проступкамъ въ противоположность преступленіямъ, а нѣкоторыя причины, устраняющія преступность, даже упоминаются лишь въ особенной части при отдѣльныхъ преступныхъ дѣяніяхъ, съ другой же стороны существуютъ, напр., особыя постановленія о нарушеніяхъ правилъ о коробочномъ сборѣ, отвѣтственность за которыя опредѣляется вполнѣ по правиламъ уголовнаго уложенія.

Далѣе, особенность можетъ проявляться въ правилахъ разслѣдованія и разсмотрѣнія этихъ посягательствъ, въ порядкѣ установленія виновности и примѣненія къ виновнымъ уголовныхъ наказаній. Но по уставу уголовнаго судопроизводства, особый порядокъ разбирательства установленъ не только для нарушеній уставовъ казенныхъ управленій, но и для преступленій государственныхъ или по службѣ, и въ то же время и по общимъ преступнымъ дѣяніямъ, какъ мы знаемъ, этотъ порядокъ существенно разнствуетъ при разборѣ дѣлъ единоличными и коллегіальными судами. Даже то обстоятельство, что примѣненіе наказанія за извѣстныя нарушенія возлагается не на одинъ судъ, а и на административныя учрежденія, не составляетъ исключительной принадлежности особенныхъ законовъ этого рода, такъ какъ, напр., по нашему праву въ административномъ порядкѣ могутъ быть разрѣшаемы дѣла о порубкахъ въ казенныхъ лѣсахъ, постановленія о которыхъ включены, однако, въ уголовное уложеніе; кромѣ того, и такія важныя преступленія, какъ государственныя, при извѣстныхъ условіяхъ, могутъ быть направляемы и разрѣшаемы въ порядкѣ административномъ.

Остается, слѣдовательно, одинъ признакъ — самый фактъ выдѣленія извѣстной группы посягательствъ изъ уголовнаго уложенія и включенія ихъ въ особые законы. Но очевидно, что этотъ признакъ совершенно случаенъ и измѣнчивъ, а потому, конечно, не можетъ придать этой группѣ карательныхъ постановленій самостоятельнаго значенія.

Это подтверждается по нашему праву историческою судьбою важнѣйшихъ представителей этой группы—карательныхъ постановленій о нарушеніяхъ уставовъ казенныхъ управленій и въ частности уставовъ акцизныхъ.

При изданіи свода законовъ они не были включены въ т. XV, въ сводъ законовъ уголовныхъ, но затѣмъ, при составленіи уложенія о наказ. 1845 г., заняли подобающее мѣсто въ раздѣлѣ VI и, такъ сказать, изъ особенныхъ обратились въ общія.

Но по закону 15 Декабря 1883 г. изъ уложенія о наказаніяхъ были выдѣлены постановленія о нарушеніи уставовъ питейнаго, табачнаго и объ

акцизѣ съ сахара, а затѣмъ, по закону 1892 г., исключены изъ уложенія и нарушенія уставовъ таможенныхъ.

Равнымъ образомъ, какъ было уже указано выше, Высочайшимъ повелѣніемъ 30 Апрѣля 1881 г. было также предуказано не вносить въ проектъ уголовнаго уложенія нарушеній уставовъ казенныхъ управленій и другихъ спеціальныхъ уставовъ; на этомъ основаніи нынѣ, независимо отъ уголовнаго уложенія, особымъ источникомъ уголовно-карательныхъ постановленій являются прежде всего уставы объ акцизныхъ сборахъ (т. V изд. 1892 г.). Всѣ посягательства на правила сихъ уставовъ распадаются на три группы: 1) подлежащія преслѣдованію въ судебномъ порядкѣ и подсудныя на общемъ основаніи или единоличнымъ судьямъ или окружнымъ судамъ; 2) подлежащія судебному преслѣдованію лишь въ случаѣ неподчиненія виновнаго взысканію, наложенному на него акцизнымъ управленіемъ, и 3) подлежащія взысканію только въ порядкѣ административномъ. По отношенію къ первымъ двумъ группамъ акцизный уставъ имѣетъ значеніе уголовнаго закона въ тѣсномъ смыслѣ и является дополненіемъ уголовнаго уложенія; при этомъ въ уставѣ акцизномъ, независимо отъ опредѣленія отдѣльныхъ нарушеній и опредѣляемыхъ за нихъ взысканій, содержатся нѣкоторыя общія положенія, какъ, напр., о наложеніи наказаній по совокупности, о повтореніи и т. д. Понятно, что судъ уголовный, примѣняя уставъ акцизный, долженъ руководствоваться и этими постановленіями; но точно также несомнѣнно, что уставы акцизные, какъ законъ дополнительный и исключительный, должны быть примѣняемы въ точно очерченныхъ ихъ предѣлахъ, а потому всѣ вопросы общей части, относительно коихъ не содержится въ нихъ особыхъ постановленій, должны быть разрѣшаемы на основаніи уложенія [1]).

Сходное значеніе имѣетъ уставъ таможенный (т. VI изд. 1892 г.), въ которомъ также содержатся двоякаго рода постановленія о дѣяніяхъ, подлежащихъ преслѣдованію въ порядкѣ судебномъ, и о нарушеніяхъ, подлежащихъ исключительно вѣдѣнію администраціи. Ср. книгу 3-ю о взысканіяхъ и наказаніяхъ за нарушенія уставовъ таможенныхъ, ст. 1431—1564.

Прочіе уставы казенныхъ управленій не содержатъ постановленій, имѣющихъ характеръ уголовныхъ законовъ въ тѣсномъ смыслѣ, которые подлежали бы примѣненію судебными установленіями, и независимо отъ постановленій, имѣющихъ свои санкціи въ уголовномъ уложеніи, содержатъ только указанія на нарушенія правилъ, за которыя отвѣтственность, согласно 1124 ст. уст. угол. суд., назначается казенными управленіями. Таковы постановленія о взысканіяхъ за нарушеніе правилъ о гербовомъ сборѣ (т. V, изд. 1892 г.) ст. 123—151; постановленія о наказаніяхъ и взысканіяхъ устава горнаго (т. VII, изд. 1893 г.) ст. 1254—1266. Равнымъ образомъ, и новый лѣсной законъ 7 Апрѣля 1897 г., предоставляя администраціи налагать взысканія за преступныя дѣянія, предусмотрѣнныя уголовными законами, не вноситъ въ лѣсной уставъ никакихъ карательныхъ постановленій въ тѣсномъ смыслѣ.

---

1) Къ этому взгляду, послѣ длиннаго ряда колебаній, пришелъ и Правительствующій Сенатъ въ рѣшеніи 1896 г. № 8 по дѣлу Сяреля.

Точно также уставы благоустройства и благочинія, упоминаемые въ приложеніи къ ст. 1214 у. у. с., не могутъ быть названы дополнительными уголовными законами, такъ какъ и они, кромѣ нѣкоторыхъ исключеній [1]), не содержатъ такихъ карательныхъ постановленій, которыя примѣнялись бы судебными установленіями.

60. Болѣе существенное значеніе имѣютъ особые законы, относящіеся къ преступнымъ дѣяніямъ, учиняемымъ извѣстною категоріею лицъ, такъ какъ эти законы обнимаютъ собою не только посягательства на особые интересы, учиненіе коихъ возможно только для лицъ, занимающихся извѣстной профессіей, исполняющихъ извѣстныя обязанности, принимающихъ участіе въ извѣстныхъ отрасляхъ общественнаго или государственнаго управленія и т. д., но и посягательства на общіе интересы, учиняемыя такими способами и средствами, которые находятся въ исключительномъ обладаніи извѣстной группы лицъ. Мало того, эти законы иногда распространяются и на случаи учиненія этими лицами общихъ преступныхъ дѣяній обычными способами.

Вътѣхъ случаяхъ, когда, по своей численности и разнообразію, подобныя особенныя посягательства представляютъ значительный объемъ, постановленія о нихъ могутъ, хотя и не всегда (ср., напр., преступныя дѣянія, учиняемыя служащими гражданскаго вѣдомства), выдѣляться изъ общаго уголовнаго уложенія и входить въ особые уставы; самое примѣненіе этихъ узаконеній можетъ быть возложено на самостоятельныя судебныя учрежденія, дѣйствующія притомъ по особо установленному для нихъ порядку.

Первое мѣсто въ этой группѣ во всѣхъ современныхъ государствахъ занимаютъ законы, относящіеся къ проступкамъ военно-служащихъ, какъ представителей военной силы, т. е. организованной матеріальной силы государства, предназначенной для международной, а въ исключительныхъ случаяхъ и для внутренней его охраны, а равно и для поддержанія международнаго положенія государства, соотвѣтственнаго преслѣдуемымъ государствомъ національнымъ или общечеловѣческимъ цѣлямъ, его исторической задачѣ, его участію въ международной жизни государствъ.

Организація этой силы, управленія ею и ея дѣятельностью вызываетъ обширную и самостоятельную отрасль государственнаго управленія, причемъ правовыя нормы, опредѣляющія эту сферу управленія, даютъ содержаніе особой отрасли права—праву военному.

Но существенную часть военной силы составляетъ, конечно, живая сила—войско. Являясь какъ въ цѣломъ, такъ и въ частяхъ, до ея составныхъ единицъ включительно, объектомъ своеобразныхъ юридическихъ отношеній, создавая обширную группу правоохраняемыхъ интересовъ, дающихъ содержаніе и общей уголовной охранѣ, войско, какъ совокупность право и дѣеспособныхъ субъектовъ, вкладывается вмѣстѣ съ тѣмъ въ общую правовую жизнь государства и въ качествѣ субъекта разнообразныхъ особыхъ юриди-

---

[1]) Напр., нарушенія постановленій о коробочномъ сборѣ, прил. къ ст. 816 т. IX; о видахъ на жительство, т. XIV, изд. 1895 г.; нарушенія правилъ объ охотѣ и рыбной ловлѣ въ уст. о сельскомъ хозяйствѣ (т. XII) и др.

ческихъ отношеній. Членъ военной силы остается подданнымъ, членомъ сословныхъ и общественныхъ единеній, членомъ церкви и семьи, наконецъ, частнымъ лицомъ, юридическою личностью, причемъ въ этомъ его качествѣ военный можетъ, разумѣется, быть не только исполнителемъ и помощникомъ государственной власти, но и ослушникомъ ея велѣній.

Конечно, въ этихъ разнообразныхъ юридическихъ отношеніяхъ, отдѣльныхъ отъ организаціи и управленія военною силою, а потому и не входящихъ въ область военнаго права, въ тѣсномъ смыслѣ, дѣйствія лицъ военныхъ могутъ быть регулируемы общими правовыми нормами, но при извѣстныхъ условіяхъ для нихъ создаются и особыя постановленія. Такія спеціальныя узаконенія встрѣчаются въ законахъ полицейскихъ, финансовыхъ, гражданскихъ и въ особенности—въ уголовныхъ, такъ что не только у насъ, но и въ большинствѣ западно-европейскихъ государствъ [1]) существуютъ особые военно-уголовные кодексы, примѣняемые притомъ особыми военными судами, по спеціальнымъ процессуальнымъ правиламъ [2]).

Основаніемъ такого выдѣленія служитъ не только существованіе спеціальныхъ воинскихъ интересовъ, посягательство на которые можетъ быть совершаемо только воинскими чинами, спеціально воинскія преступныя дѣянія, но и то, что принадлежность виновнаго къ войску придаетъ весьма нерѣдко особый характеръ и учиненнымъ имъ общимъ преступнымъ дѣяніямъ

Войско какъ въ цѣломъ, такъ и въ частяхъ, представляетъ крѣпко сплоченное цѣлое, проникнутое началомъ дисциплины и іерархической подчиненностью, проникнутое единымъ духомъ, волею и даже мыслью, вырабатывающее, особенно въ эпохи господства милитаризма, не только солидарность, начала товарищества и взаимопомощи, но иногда даже кастовую исключительность ея членовъ, создающее, наконецъ, отчасти въ силу особенностей занятій, спеціальнаго изолированнаго воспитанія, отчасти въ силу условій военной жизни и быта, особыя воззрѣнія на отношенія военныхъ другъ къ другу и къ лицамъ, въ составъ войска не входящимъ, особое, такъ сказать, жизневоззрѣніе, понятіе объ особой воинской чести, чести знамени, даже чести мундира.

Эти своеобразныя условія вызываютъ въ войскѣ не только особую, строго опредѣленную дисциплинарную власть надъ ея членами, но придаютъ особый оттѣнокъ и учиняемымъ военнослужащими преступнымъ дѣяніямъ, по крайней мѣрѣ, тѣмъ, въ коихъ затрогиваются начала воинской дисциплины и чинопочитанія или принципы воинской чести.

---

1) Ср. K. Hecker, Ueber das Verhältniss des Civilstrafrechts zum Militärstrafrecht und den Begriff Militärpersonen 1885 г.; Dangelmaier, Geschichte des Militärstrafrechts, 1891 г.

2) Ср. Шендзиковскій, Конспектъ лекцій о матеріальныхъ военно-уголовныхъ законахъ иностранныхъ государствъ 1893 г.; Дангельмайеръ, Исторія военно-уголовнаго права. перев. 1892 г. Изъ главныхъ военно-уголовныхъ кодексовъ слѣдуетъ указать: германскій, 1872 г. въ силѣ съ 1 Октября (переведенъ на русскій языкъ Томсеномъ въ 1872 г.), ср. Brauer, Handbuch des deutschen Militärstrafrechts 1872 г.; Hecker, Lehrbuch des deutschen Militärstrafrechts, 1887 г.; Solms, Strafrecht und Strafprocess für Heer und Marine des deutschen Reichs, 2 изд. 1883 г.; ср. также F. Kleemann, System des militärischen Disciplinarstrafrechtes, 1898 г.; австрійскій 1855 г., ср. Weisse, Das Heerenstrafrecht 1892 г. (общ. часть); французскій 4 Августа 1857 г., ср. Foucher, Commentaire sur le code de justice militaire pour l'armée de terre, 1876 г.; бельгійскій, 1870 г.; итальянскій сухопутный, 1870 г. и морской 1869 г.

Конечно, какъ я указывалъ ранѣе, подобныя же черты характеризуютъ и преступныя дѣянія служащихъ вообще, но по отношенію къ военнослужащимъ они получаютъ усиленное, а иногда даже безъ нужды приподнятое значеніе, такъ какъ замкнутая отдѣленность, противоположеніе своимъ—чужихъ, подразумѣвая подъ послѣдними не враговъ, противъ коихъ призвана служить военная сила, а согражданъ, сыновъ общей родины, поддерживая дисциплину, совершенствуя механизмъ массовыхъ движеній, можетъ грозить опасностью, и опасностью серьезною, для общегосударственнаго порядка. Преувеличенное значеніе воинской чести, въ особенности при замѣнѣ высокаго понятія о боевой чести солдата, покоящагося на идеѣ самопожертвованія, беззавѣтнаго принесенія на защиту престола и отечества, высшаго блага—жизни, понятіемъ о показной чести мундира, проникнутымъ себялюбіемъ и безсодержательнымъ тщеславіемъ, легко можетъ обратить войско изъ органа охраны и созиданія въ орудіе подавленія и разрушенія [1]).

Но постановленія о спеціально-воинскихъ преступныхъ дѣяніяхъ, а равно объ отвѣтственности военныхъ за нѣкоторыя общія преступныя дѣянія, хотя бы они и были включены въ отдѣльные сборники законовъ, представляются только особыми узаконеніями, дополняющими общія уголовныя законоположенія, но не могутъ образовать самостоятельной отрасли законодательства [2]). Поэтому изученіе военно-уголовныхъ законовъ, хотя и можетъ быть предметомъ особой литературы, особыхъ курсовъ, но не можетъ составить особой самостоятельной отрасли уголовнаго права [3]).

---

1) Справедливо указываетъ Кузьминъ-Караваевъ, стр. 19, «представляя собою могущественную силу, войско, въ случаѣ обособленія, легко можетъ подавить и государственную организацію и всѣ устои соціальной жизни. Поэтому государство и общество, наряду съ мѣрами, направленными къ поднятію въ войскѣ чувства военной чести, создаютъ ограниченія односторонности его крайняго развитія».

2) Поэтому въ учебникахъ уголовнаго права, военно-уголовныя нарушенія включаются въ соотвѣтственные отдѣлы особенной части. Ср. H. Meyer § 132; Liszt, § 201 и др. Дополнительнымъ характеромъ военно-уголовныхъ законовъ съ ихъ отношеніемъ къ уголовному праву вполнѣ объясняется указываемая Кузьминымъ-Караваевымъ (Военно-уголовное право, стр. 2) бѣдность монографической литературы по вопросамъ военно-уголовнаго права и отсутствіе въ западно-европейскихъ юридическихъ факультетахъ особыхъ каѳедръ военно-уголовнаго и военно-процессуальнаго права Учрежденіе у насъ военно-юридической академіи, свидѣтельствуя о необходимости для арміи имѣть юристовъ, подробно изучившихъ военное право, какъ самостоятельную отрасль общегосударственнаго административнаго права, а равно и обстоятельно знающихъ военно-уголовные и военно-процессуальные законы, не можетъ, конечно, создать особой науки или даже самостоятельной ея отрасли, подобно тому, какъ существованіе военно-медицинской академіи не создаетъ, какъ особыя самостоятельныя медицинскія науки,—военную патологію или военную терапію или фармакологію.

3) Кузьминъ-Караваевъ, в. с., то признаетъ, напр., соглашаясь съ воззрѣніями Лоренца Штейна, то не признаетъ самостоятельный характеръ военно-уголовнаго права, но въ концѣ концовъ, стр. 89 и сл., склоняется къ признанію его самостоятельности. Впрочемъ, доводы, имъ приводимые, совершенно не убѣдительны, такъ какъ существованіе особыхъ нормъ военнаго права, на которыя посягаетъ виновный, имѣетъ одинаковое значеніе и для всѣхъ спеціальныхъ нарушеній уголовнаго кодекса, въ родѣ проступковъ и нарушеній диспашеровъ, браковщиковъ, аукціонистовъ и т.д. Различное пониманіе однѣхъ и тѣхъ же нормъ права, въ случаѣ посягательствъ на нихъ военно-служащихъ и гражданъ вообще, ставится у автора аксіомою, хотя въ дѣйствительности требуетъ подтвержденія. Конечно, нормы общаго права «повинуйся властямъ и уважай ихъ» разнствуютъ отъ нормъ военнаго права: «повинуйся начальнику и уважай его», но зачѣмъ же сравнивать сходныя, но не тождественныя нормы, когда мы и въ общемъ правѣ имѣемъ нормы: «повинуйся начальнику и уважай его». Наконецъ, указаніе на то.

Первыя особыя постановленія о проступкахъ ратныхъ людей являются у насъ въ изданномъ при царѣ Михаилѣ Феодоровичѣ въ 1621 г. «Уставѣ ратныхъ, пушкарскихъ и другихъ дѣлъ, касающихся до военной науки» [1]), а затѣмъ, въ уложеніи царя Алексѣя Михайловича этимъ постановленіямъ отведены двѣ главы. Съ созданіемъ въ Россіи постоянной регулярной арміи при Петрѣ Великомъ, возникаетъ большая необходимость въ особыхъ законахъ военныхъ, и въ разныхъ частяхъ арміи появляются сборники такихъ законовъ [2]), заимствованные по преимуществу изъ Германіи. Завершеніемъ всѣхъ этихъ попытокъ былъ воинскій уставъ 1716 года.

Уставъ воинскій сохранилъ свое дѣйствіе до царствованія Императора Николая I; только въ 1812 г. онъ былъ дополненъ изданіемъ военно-уголовныхъ законовъ, дѣйствующихъ въ военное время, такъ называемымъ, полевымъ уложеніемъ. При Императорѣ Николаѣ I былъ изданъ въ 1839 г. [3]) военно-уголовный уставъ, котораго первая часть—о законахъ, дѣйствующихъ въ мирное время,—была основана на сводѣ законовъ, а во вторую включено полевое уложеніе.

Съ изданіемъ уложенія о наказаніяхъ 1845 г. пересмотръ военно-уголовныхъ законовъ представился безусловно необходимымъ [4]), и уже въ 1846 г. была образована особая комиссія, въ коей составленіе проекта новаго военно-уголовнаго уложенія было возложено на сенатора Кашгера. Работы были окончены къ 1864 г., но при разсмотрѣніи составленнаго Кашгеромъ проекта въ военно-кодификаціонной комиссіи, онъ не былъ принятъ, такъ какъ ко-

---

что нѣкоторыя наказанія къ военно-служащимъ по нашему праву не примѣняются, конечно, никакого принципіальнаго значенія имѣть не можетъ. Высказываемая же авторомъ мысль, что военно-уголовное право формально не самостоятельно, а самостоятельно по содержанію, мало понятно. Хороша самостоятельная наука, которую (стр. 92) нужно излагать, какъ говоритъ онъ, отрывочно, т. ск. эпизодически.

1) Уставъ этотъ былъ найденъ въ 1775 г. и напечатанъ въ 1777 — 1781 гг. См. свѣдѣнія о первыхъ военно-уголовныхъ законахъ у М. П. Розенгейма, Очеркъ исторіи военно-судныхъ учрежденій въ Россіи до кончины Петра Великаго, 1878 г., глава I; П. Бобровскій, Военное право въ Россіи, т. II, стр. 124 и сл.; 186 и сл.

2) Таковы составленные по повелѣнію Петра Великаго уставы фельдмаршала Шереметьева, 1702 г., князя Меншикова (а по указанію Бобровскаго-Гюйсена), 1705 г.; уставъ генерала Вейде, 1698 и др. Первые два устава напечатаны въ приложеніяхъ у Розенгейма. У Пекарскаго, Описаніе славяно-русскихъ книгъ и монографій, 1862 г. т. II, значится подъ № 102 отпечатаннымъ въ 1705 г. артикулъ краткій, выбранный изъ древнихъ воинскихъ правъ, причемъ указано, что этотъ же уставъ, первоначально написанный на нѣмецкомъ языкѣ, былъ изданъ въ 1706 г. при брошюрѣ Ausführliche Beantwortung des freventlichen und lügenhaften Pasquils, причемъ этотъ уставъ приписывается восхвалителю дѣлъ Петровыхъ барону Гюйсену; о чемъ послѣдній говоритъ и въ своей автобіографіи.

3) М. Корфъ, Жизнь графа Сперанскаго, стр. 325, указываетъ: «Для приведенія въ систему постановленій военныхъ была учреждена въ одно время съ работами по составленію общаго свода особая комиссія при военномъ министерствѣ, но также подъ непосредственнымъ руководствомъ Сперанскаго. Она дѣйствовала по единому главному началу съ данными для гражданскихъ кодификаціонныхъ работъ, но съ тою лишь разницею, что, вмѣсто уложенія Алексѣя Михайловича, здѣсь исходною точкою опредѣлено было принять воинскій уставъ Петра Великаго. Сводъ военныхъ постановленій, въ 12 томахъ, былъ совершенно оконченъ и напечатанъ еще при Сперанскомъ, но обнародованъ при манифестѣ 25 Іюня 1839 г.». Законы военно-уголовные были помѣщены въ пятомъ томѣ свода военныхъ постановленій.

4) Ср. подробное изложеніе исторіи военно-уголовнаго кодекса у Кузьмина-Караваева, стр. 124 и сл.

миссія разошлась въ основныхъ взглядахъ съ составителемъ. Сенаторъ Каппгеръ полагалъ создать самостоятельный военно-уголовный кодексъ, независимый отъ общаго, а комиссія полагала, и совершенно справедливо, что воинскій уставъ долженъ быть только дополненіемъ къ общему; по этой мысли и была выработана въ особомъ совѣщаніи, подъ предсѣдательствомъ Великаго Князя Константина Николаевича, въ 1867 г., общая часть военно-уголовныхъ законовъ, которая въ томъ же году и вступила въ дѣйствіе; въ 1868 г. была утверждена особенная часть, а затѣмъ въ 1869 г. новые уголовные законы были внесены въ сводъ военныхъ постановленій. Изданіе въ 1874 г. новаго устава о воинской повинности потребовало пересмотра и согласованія съ нимъ военно-уголовныхъ законовъ, которое и было сдѣлано въ 1875 году. 28 Марта 1875 г. былъ опубликованъ нынѣ дѣйствующій воинскій уставъ для арміи, а 14 Апрѣля—для флота [1]); въ дѣйствіе они вступили съ 1 Августа того же года; въ 1879 г. онъ вышелъ для арміи вторымъ изданіемъ; военно-морской уставъ вышелъ въ 1886 г. Всѣ позднѣйшія узаконенія помѣщены въ приказахъ по военному вѣдомству. Съ начала восьмидесятыхъ годовъ приступлено къ переработкѣ воинскаго устава о наказаніяхъ, причемъ эти работы велись отдѣльно отъ работъ по составленію общаго уголовнаго уложенія. Въ 1892 г. проектъ общей и особенной части устава, окончательно редактированный генералъ-маіоромъ Гольмблатомъ, поступилъ на разсмотрѣніе главнаго военно-суднаго управленія [2]).

Пространство дѣйствія законовъ военно-уголовныхъ не совпадаетъ съ процессуальною подсудностью, а потому они, будучи особенными, могутъ быть примѣняемы и общими судами въ слѣдующихъ случаяхъ: 1) когда въ совершеніи преступнаго дѣянія, не относящагося до нарушенія законовъ дисциплины и военной службы, вмѣстѣ съ лицами гражданскаго вѣдомства, обвиняются и военнослужащіе (ст. 1236 уст. угол. суд., 1261 воен. суд. уст.); 2) при обвиненіи кого либо въ двухъ или болѣе преступленіяхъ, изъ коихъ одни подлежатъ гражданскому, а другіе военному суду, если важнѣйшее было совершено въ гражданскомъ быту (ст. 1250 и 1269). Въ обоихъ этихъ случаяхъ, по установленіи виновности подсудимыхъ, судъ гражданскаго вѣдомства за проступки военнослужащихъ или за проступки, подлежащіе вѣдѣнію военнаго суда, опредѣляетъ наказаніе по военнымъ законамъ (ст. 1244 и 1251 уст. угол. суд.).

При этомъ, примѣняя постановленія воинскаго устава, судъ обязанъ руководствоваться не только особенною частью устава, но и его общими постановленіями [3]), но, какъ прибавляетъ статья 1 устава, во всѣхъ тѣхъ случаяхъ,

---

[1]) Какъ справедливо замѣчаетъ Кузьминъ-Караваевъ, стр. 117, существованіе отдѣльныхъ кодексовъ для арміи и флота не имѣетъ оправданія ни практическаго ни теоретическаго.

[2]) О пособіяхъ для примѣненія воинскаго устава о наказаніяхъ и о литературѣ военно-уголовныхъ законовъ, см. мою статью въ ж. г. у. пр. за 1874 г., № 1. Изъ позднѣйшихъ трудовъ можно указать: Калининъ, Курсъ военно-уголовныхъ законовъ, 1877 г.; Середа, Опытъ практическаго руководства, 1877 г.; Мушниковъ, Руководство военно-уголовныхъ законовъ, 1884 г., его же, Особенная часть русскихъ военно-уголовныхъ законовъ 1890 г.; Кузьминъ-Караваевъ, Характеристика общей части уложенія и воинскаго устава о наказаніяхъ 1890 г.; его же, Военно-уголовное право, 1895 г. В. I.

[3]) Соотвѣтственно сему, при примѣненіи воинскаго устава о наказаніяхъ, суды гражданскіе должны руководствоваться и разъясненіями, данными уставу въ рѣшеніяхъ главнаго военнаго суда, а равно

гдѣ въ воинскомъ уставѣ не содержится особыхъ правилъ и изъятій, судъ, его примѣняющій, гражданскій или военный, руководствуется общими уголовными законами. Какъ указано въ объясненіяхъ къ этой первой статьѣ, «исключительное положеніе военнослужащихъ въ государствѣ и особенныя потребности военнаго вѣдомства указываютъ на необходимость имѣть спеціальные военные законы для охраненія порядка и интересовъ военной службы и на невозможность въ нѣкоторыхъ случаяхъ примѣнять безусловно къ военнослужащимъ, даже и по общимъ ихъ преступленіямъ, общіе уголовные законы. Но уголовное законодательство содержитъ въ себѣ такія коренныя постановленія, которыми опредѣляется воззрѣніе законодателя на преступленія и проступки вообще, или тѣ общія юридическія начала уголовнаго права, на которыхъ зиждется все развитіе положительнаго закона о вмѣненіи преступленія въ вину и наказуемости виновныхъ. Эти общія основанія, по самой общности ихъ характера, не могутъ имѣть двоякаго значенія и потому.... должны служить руководительнымъ указаніемъ и для этихъ спеціальныхъ законовъ». Такое дополнительное значеніе имѣютъ постановленія не только общей части, но и части особенной. Такъ, ст. 272 воинскаго устава постановляетъ, что за преступленія и проступки общіе, не предусмотрѣнные въ семъ уставѣ, лица военнаго вѣдомства подвергаются наказаніямъ на основаніи общихъ законовъ, съ соблюденіемъ только нѣкоторыхъ особыхъ правилъ, въ слѣдующихъ статьяхъ воинскаго устава указанныхъ.

Какъ законъ особенный, военно-уголовный уставъ можетъ имѣть примѣненіе только въ предѣлахъ, точно означенныхъ въ законѣ, и не можетъ имѣть распространительнаго толкованія; поэтому во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, въ коихъ возникаетъ сомнѣніе, должно ли быть извѣстное дѣяніе караемо по военнымъ или по общимъ законамъ, долженъ ли быть разрѣшаемъ извѣстный вопросъ въ смыслѣ общихъ или особенныхъ законовъ, это сомнѣніе должно быть разрѣшаемо въ пользу примѣненія общихъ законовъ. Въ этомъ смыслѣ неоднократно высказывался и Правительствующій Сенатъ по общему собранію (рѣш. 40/34, Фомина; 77/60, Дмоховскаго; 68/466, Кожевникова), напр., о порядкѣ отвѣтственности чиновъ земской стражи Царства Польскаго, бывшихъ арестантовъ 1-го разряда, содержавшихся въ арестантскихъ ротахъ, каторжныхъ 2-го разряда и т. д.

Какъ законъ особенный, воинскій уставъ о наказаніяхъ, собственно говоря, долженъ примѣняться къ преступнымъ дѣяніямъ военнослужащихъ и притомъ только военнослужащихъ, но не говоря уже о недостаточной опредѣлительности термина «военнослужащій», объемъ примѣненія воинскаго устава въ настоящее время представляется несравненно болѣе обширнымъ [1]).

При этомъ, по объему его примѣненія, можно различать три группы лицъ.

Первую группу составляютъ лица, отвѣчающія по военно-уголовнымъ законамъ за всѣ учиняемыя ими преступныя дѣянія какъ спеціально воинскія, такъ и общія (примѣненіе ст. 272—279 уст. и общей его части), какъ учинен-

---

и въ циркулярахъ главнаго штаба. Разъясненія закона, данныя въ порядкѣ законодательномъ, а равно отъ лица военнаго министра, помѣщаются въ приказахъ по военному вѣдомству.

[1]) Подробное изложеніе этого вопроса у Кузьмина-Караваева, стр. 174 и сл.

ныя въ военное, такъ и въ мирное время. Сюда относятся: 1) воинскіе чины сухопутнаго и морскаго вѣдомствъ, какъ нижніе чины, такъ и состоящіе въ офицерскихъ или генеральскихъ чинахъ, состоящіе на дѣйствительной службѣ, безразлично, какъ находящіеся въ строю, такъ и исправляющіе нестроевыя должности, напр.. служащіе въ военно-учебныхъ заведеніяхъ [69/3, Голубева (о. с.); 68/521, Боброва (о. с.)]. Они отвѣчаютъ по военнымъ законамъ за дѣянія, учиненныя во время нахожденія на дѣйствительной службѣ, т. е. послѣ поступленія въ войска и прежде удаленія изъ оныхъ или исключенія изъ военнаго званія. Причемъ моментомъ поступленія считается для нижнихъ чиновъ, отбывающихъ воинскую повинность по жребію, занесеніе въ пріемную роспись, безотносительно къ тому, приняли ли они первоначальную, а тѣмъ болѣе окончательную присягу на вѣрность службы, а для вольноопредѣляющихся и лицъ, принимаемыхъ на службу въ офицерскіе чины—отдача о томъ приказа. Конечнымъ же моментомъ службы для нижнихъ чиновъ, увольняемыхъ въ запасъ, считается роспускъ ихъ уѣздными воинскими начальниками на мѣста жительства, а для исключаемыхъ изъ службы (напр., по неспособности) время отправленія изъ войсковыхъ частей; а для офицеровъ отдача приказа о зачисленіи въ запасъ или объ исключеніи изъ службы. Лица, учинившія преступныя дѣянія во время нахожденія на дѣйствительной службѣ, отвѣчаютъ по военнымъ законамъ, хотя бы они и судились послѣ оставленія ими службы. Но при этомъ законно уволенные въ запасъ не подвергаются только воинскимъ наказаніямъ, замѣняемымъ общими, такъ какъ для отбытія этихъ наказаній они должны быть вновь зачисляемы на военную службу [1]). Наоборотъ, лица, судящіяся хотя и во время нахожденія ихъ на дѣйствительной службѣ, но за преступныя дѣянія, учиненныя до поступленія на оную, должны отвѣчать за эти дѣянія по общимъ законамъ; но и относительно ихъ первоначально практикою Правительствующаго Сената по общему собранію и уголовному департаменту [2]), а затѣмъ отчасти и закономъ 1887 г. (ст. 23[1] уст. угол. суд.) признано, что хотя судъ и примѣняетъ къ судимому имъ дѣянію общіе уголовные законы, но при опредѣленіи вида наказанія принимаетъ во вниманіе особенности военной службы и обязательно замѣняетъ общее наказаніе согласно приложенію къ ст. 8 воинскаго устава о наказаніяхъ [3]). 2) Состоящіе въ пограничной (ст. 244 у. у. с.) и конвойной стражѣ (конвойныя команды, ср. ст. 90 кн. V св. воен. пост.), а равно и чины корпуса жандармовъ [рѣшеніе 82/2, Корніевскаго (о. с.) и рѣшеніе главнаго военнаго суда 1884 г. № 133 [4])], несмотря на подвѣдомственность ихъ не одному военному министерству, а и министерствамъ

---

[1]) Рѣшенія главнаго военнаго суда 1887 № 56.

[2]) Ср. обширную практику угол. касс. департ. въ моемъ изданіи уложенія о наказаніяхъ, тезисы подъ ст. 169.

[3]) При этомъ, если неисполненіе этого правила обнаружится даже по вступленіи приговора въ законную силу и обращенія его къ исполненію, то таковой приговоръ исправляется постановившимъ его судомъ по сообщеніи о томъ военнаго начальства.

[4]) Кузьминъ-Караваевъ считаетъ это толкованіе неправильнымъ и не признаетъ жандармскій корпусъ, входящимъ въ составъ войскъ.

финансовъ, юстиціи и внутреннихъ дѣлъ, по принадлежности [1]). 3) Казаки, во время пребыванія ихъ въ строевыхъ частяхъ или на службѣ по войсковымъ воинскимъ учрежденіямъ (ст. 246 военно-судебнаго устава), а въ примѣненіи къ новому уставу о воинской повинности казачьихъ войскъ—казаки, входящіе въ составъ строеваго разряда, изъ коего комплектуются выставляемыя войскомъ строевыя части и мѣстныя команды. Во всѣхъ этихъ случаяхъ изъятіе этихъ лицъ изъ-подъ дѣйствія общихъ законовъ опредѣляется силою самаго закона, а не составляетъ какое-либо личное ихъ право, а потому примѣненіе къ нимъ общихъ уголовныхъ законовъ будетъ почитаться неправильнымъ, хотя бы подсудимые подчинились такому рѣшенію добровольно. Мало того, по разъясненіямъ Правительствующаго Сената (72/57, Билялова; 70/48, Мазуры; 66/44, Германовскаго), такой неправильно постановленный приговоръ подлежитъ обжалованію со стороны военнаго начальства, безъ требованія о семъ подсудимаго, или же можетъ быть отмѣненъ Сенатомъ по непосредственному усмотрѣнію, хотя бы по этому пункту не было ни жалобы, ни протеста.

Вторую группу составляютъ лица, отвѣчающія по военнымъ законамъ только за нѣкоторыя преступныя дѣянія, болѣе или менѣе точно указанныя въ законѣ: за нарушеніе обязанностей военной службы, за военно-должностные проступки, за нарушеніе правилъ воинской дисциплины и воинскаго чинопочитанія и т. п. Къ этой, весьма обширной и чрезвычайно разнообразной, группѣ относятся: чины запаса арміи и флота, со времени ихъ роспуска и до перечисленія въ ополченіе или исключенія изъ списковъ запаса, случаи отвѣтственности коихъ, во время сборовъ и ношенія ими форменной военной одежды, указаны въ ст. 245 воен. суд. устава [2]), съ замѣною, однако, для нихъ воинскихъ наказаній по приложенію къ 8 ст. воинскаго устава; казаки, входящіе по особому уставу въ приготовительный и запасный разряды, а равно и принадлежащіе къ строевому разряду, но состоящіе на льготѣ; они отвѣчаютъ въ тѣхъ же случаяхъ, какъ и чины запаса [3]); къ чинамъ запаса приравниваются и нижніе чины, состоящіе въ продолжительномъ отпуску для поправленія ихъ здоровья, но находящіеся въ кратковременномъ отпуску считаются состоящими на дѣйствительной службѣ; ополченцы, въ случаяхъ, указанныхъ въ ст. 8 закона 15 Апрѣля 1891 г. о преобразованіи государственнаго ополченія; отставные воинскіе чины, отвѣчающіе по военнымъ законамъ только за тѣ изъ совершенныхъ во время службы преступныхъ дѣяній, которыя были соединены съ нарушеніемъ обязанностей военной службы, причемъ для нихъ воинскія наказанія во всякомъ случаѣ замѣняются общими (рѣшенія главнаго военнаго суда 1891 г. № 29, 1883 г. № 134); воинскіе чины, зани-

---

[1]) Какъ справедливо замѣчаетъ Кузьминъ-Караваевъ, стр. 187 пр. 1, включеніе этихъ командъ въ составъ войскъ не соотвѣтствуетъ основному положенію устава 1874 г., такъ какъ обязанности, на нихъ возлагаемыя, не соотвѣтствуютъ идеѣ непосредственной защиты престола и отечества, въ силу коей, по ст. 1 устава, все мужское населеніе безъ различія состояній подлежитъ воинской повинности.

[2]) На томъ же основаніи отвѣчаютъ нижніе чины, уволенные въ безсрочный и временный отпуски на основаніи узаконеній, дѣйствовавшихъ до изданія устава о воинской повинности.

[3]) Въ тѣхъ казачьихъ войскахъ, въ коихъ не учреждено судовъ гражданскаго вѣдомства, эти лица хотя и судятся за всѣ преступныя дѣянія военными судами, но ихъ отвѣтственность въ сихъ случаяхъ опредѣляется по общимъ законамъ.

мающіе должности по гражданской или общественной службѣ или командированные къ исполненію таковыхъ, а также состоящіе въ частныхъ должностяхъ, подлежащіе отвѣтственности по военнымъ законамъ за дѣянія, относящіяся до нарушенія обязанностей военной службы; состоящіе въ полицейскихъ и пожарныхъ командахъ; военные чиновники, т. е. состоящіе въ военномъ вѣдомствѣ гражданскіе чины, и въ томъ числѣ служащіе по военнымъ войсковымъ установленіямъ, отвѣчающіе только за преступленія по должности и нарушенія правилъ военной дисциплины [1]); служащіе въ вѣдѣніи управленія Закаспійской военной желѣзной дороги—за преступленія должности и нарушенія правилъ военной дисциплины (законъ 18 Марта 1891 г.); меноніты, отбывающіе службу въ лѣсныхъ командахъ, причемъ они хотя въ точно перечисленныхъ въ законѣ случаяхъ и отвѣчаютъ по военнымъ законамъ, но судятся уголовнымъ судомъ гражданскаго вѣдомства (ст. 224[1] у. у. с.), военноплѣнные, за преступныя дѣянія, учиненныя ими до обращенія ихъ въ вѣдомство гражданскаго начальства (ст. 227 у. у. с.), причемъ они, конечно, отвѣчаютъ по воинскому уставу о наказаніяхъ, за исключеніемъ случаевъ побѣга (ст. 61), и съ примѣненіемъ къ нимъ, согласно ст. 271 того же устава, особыхъ правилъ объ отвѣтственности за государственную измѣну, и, наконецъ, въ военное время лица, къ войску принадлежащія, за преступныя дѣянія, учиненныя въ войскахъ или въ мѣстностяхъ, объявленныхъ на военномъ положеніи; къ такимъ лицамъ, между прочимъ, причисляются: находящіеся при арміи иностранные офицеры, вольнонаемная прислуга военнослужащихъ и лицъ, состоящихъ при войскѣ; лица, слѣдующія за войскомъ съ разрѣшенія начальства, напр., корреспонденты, поставщики, торговцы, извозчики и т. п. [2]).

Наконецъ, третью группу составляютъ лица, отвѣчающія по военнымъ законамъ за извѣстныя преступленія только въ особыхъ исключительныхъ случаяхъ. До изданія судебныхъ уставовъ число такихъ случаевъ было весьма обширно, но судебные уставы попытались было ограничиться отвѣтственностью лицъ гражданскаго вѣдомства по военнымъ законамъ лишь въ мѣстностяхъ, объявленныхъ на военномъ положеніи, и только за тѣ преступныя дѣянія, которыя именно означены въ послѣдовавшемъ по сему случаю Высочайшемъ указѣ [3]); но по новымъ правиламъ о военномъ положеніи 18 Іюня 1892 г. (т. II общ. учр. губ. прил. къ ст. 23) въ ст. 17 подробно перечислены тѣ дѣянія, за которыя непринадлежащія къ арміи лица гражданскаго вѣдомства обязательно подлежатъ военному суду и наказанію по законамъ военнаго времени, а именно: бунтъ и измѣна, поджогъ или истребленіе предметовъ, указанныхъ въ пунктахъ 2, 3 и 4 этой статьи, нападеніе на часоваго или караулъ, вооруженное сопротивленіе имъ или полиціи, убійство часоваго, или чиновъ караула, или полиціи; затѣмъ ст. 19 (п. 7) генералъ-губернаторамъ предоставляетъ право исключать изъ общей подсудности, съ предва-

---

[1]) Ср. подробныя разъясненія въ рѣшеніи главнаго военнаго суда 1892 г. № 102.

[2]) Шендзиковскій, О военномъ судѣ въ военное время. 1892 г.

[3]) Таковъ, напр., былъ указъ 28 Апрѣля 1877 г. объ объявленіи на военномъ положеніи мѣстностей Одесскаго и Кавказскаго военныхъ округовъ.

рительнымъ объявленіемъ о томъ во всеобщее свѣдѣніе, и другія группы дѣлъ, непредусмотрѣнныхъ въ ст. 17, и кромѣ того даетъ имъ право передавать на томъ же основаніи отдѣльныя дѣла о всякихъ преступленіяхъ, общими уголовными законами предусмотрѣнныхъ, такъ что область примѣненія военныхъ законовъ въ дѣйствительности, сравнительно съ дореформенною компетентностью, расширилась, и, сверхъ того, центръ тяжести перемѣстился съ Высочайшаго повелѣнія на усмотрѣніе мѣстной администраціи, отъ которой зависитъ теперь замѣна примѣненія общихъ законовъ особыми. Судятся виновные во всѣхъ этихъ случаяхъ, какъ указано въ ст. 20 правилъ, въ порядкѣ, раздѣломъ IV (о судѣ въ военное время) военно-судебнаго устава установленномъ. Но какимъ въ этихъ случаяхъ виновные подлежатъ наказаніямъ? Нежеланіе прямо заявлять о постепенномъ расширеніи за послѣднее время, вопреки историческимъ русскимъ традиціямъ, примѣненія смертной казни привело къ полной неясности и по этому столь важному вопросу. Ст. 17 говоритъ, что они подлежатъ наказанію по законамъ военнаго времени, но въ воинскомъ уставѣ о наказаніяхъ нѣтъ наказаній за преступленія, учиненныя въ военное время вообще, а есть только постановленія объ отвѣтственности за разные проступки военнослужащихъ (ст. 243—267), къ которымъ, по ст. 268 и 269 приравнивались проступки лицъ, принадлежащихъ къ войскамъ, и лицъ гражданскаго вѣдомства въ мѣстностяхъ, объявленныхъ на военномъ положеніи, причемъ за эти дѣянія налагаются разнообразныя наказанія спеціально воинскія и общія до смертной казни включительно; сверхъ того, статья 279 постановляетъ, что въ военное время за умышленное убійство, изнасилованіе, разбой, грабежъ и умышленное зажигательство или потопленіе чужаго имущества виновные приговариваются къ смертной казни; слѣдовательно, если преданные по ст. 17 суду военному учинили одно изъ дѣяній, въ этой статьѣ предусмотрѣнныхъ, то они и будутъ отвѣчать по этимъ статьямъ; а въ прочихъ случаяхъ возможно двоякое толкованіе: или слѣдуетъ признать, что относительно ихъ только измѣняется подсудность, и они подлежатъ наказанію за эти дѣянія, въ общихъ законахъ установленному, или же допустить по аналогіи съ ст. 279, въ виду важности перечисленныхъ въ ст. 17 дѣяній, примѣненіе ко всѣмъ этимъ случаямъ смертной казни, но такое распространительное толкованіе, не основанное на текстѣ закона и разрѣшающее сомнѣніе въ прямой вредъ подсудимому, не должно быть допустимо. Правильность такого вывода, относящагося равнымъ образомъ и къ п.п. 6 и 7 ст. 19, подтверждается еще и тѣмъ, что въ ст. 20, говорящей о томъ, какъ производится разсмотрѣніе и рѣшеніе дѣлъ. въ случаяхъ, указанныхъ въ ст. 17 и 6 и 7 п.п. ст. 19, далѣе прибавлено: но съ тѣмъ, «чтобы лицамъ, виновнымъ въ вооруженномъ сопротивленіи властямъ или нападеніи на чиновъ войска и полиціи и на всѣхъ вообще должностныхъ лицъ, при исполненіи ими ихъ обязанностей, или же вслѣдствіе исполненія сихъ обязанностей, коль скоро преступленія эти сопровождались убійствомъ, покушеніемъ на убійство, нанесеніемъ ранъ, увѣчій, тяжкихъ побоевъ, или поджогомъ, опредѣлялось наказаніе, предусмотрѣнное въ ст. 279 воин. уст. о нак.», т. е., другими словами, указано, что только эти случаи могутъ влечь примѣненіе смертной казни [1]).

[1]) Такое же прямое указаніе на примѣненіе 279 ст. содержалъ аналогичный указъ 9 Августа 1878 г.

Другое расширеніе примѣненія военныхъ законовъ къ лицамъ гражданскаго вѣдомства создано законами, вызванными борьбою съ внутреннею крамолою, 4 Апрѣля 1878 г. и 5 Апрѣля 1879 г., о временныхъ генералъ-губернаторахъ, и замѣнившимъ ихъ нынѣ положеніемъ 1881 г., о мѣрахъ къ охраненію государственнаго порядка и общественнаго спокойствія (прил. 1 къ ст. 1 уст. пред. пресѣч. прест.). По ст. 17 этого положенія, генералъ-губернаторамъ, а въ губерніяхъ, имъ не подчиненныхъ, министру внутреннихъ дѣлъ предоставлено, въ мѣстностяхъ, гдѣ введена усиленная охрана, передавать на разсмотрѣніе военнаго суда, для сужденія по законамъ военнаго времени, отдѣльныя дѣла о преступленіяхъ, общими уголовными законами предусмотрѣнныхъ, когда они признаютъ это необходимымъ въ видахъ огражденія общественнаго порядка и спокойствія, а затѣмъ ст. 18, совершенно тождественная съ приведенною выше ст. 20 закона 1892 г., указываетъ, что эти лица судятся по правиламъ IV раздѣла и что къ указаннымъ въ пунктѣ 1-мъ этой статьи дѣяніямъ примѣняется наказаніе, предусмотрѣнное ст. 279, такъ что выше приведенное разъясненіе объ условіяхъ примѣненія къ нимъ наказаній, установленныхъ за преступленія, учиненныя въ военное время, примѣняется и къ случаямъ этого рода [1]). Въ мѣстностяхъ, гдѣ введена чрезвычайная охрана, эти правила дополняются (ст. 26) предоставленіемъ главноначальствующему права передачи въ вѣдѣніе военныхъ судовъ, по правиламъ ст. 17 и 18, не только отдѣльныхъ случаевъ, но цѣлаго ряда ихъ, и, наконецъ, по ст. 31 министру внутреннихъ дѣлъ [2]), по соглашенію съ министромъ юстиціи, предоставлено право передавать военному суду отдѣльныя дѣла и въ мѣстностяхъ, гдѣ не введена усиленная или чрезвычайная охрана [3]), о лицахъ, виновныхъ въ преступленіяхъ государственныхъ и другихъ, въ статьѣ перечисленныхъ (тѣ же, какія указаны въ ст. 20 зак. 1892 г.), съ примѣненіемъ къ нимъ наказанія, 279 ст. уст. воинск. установленнаго.

Затѣмъ въ послѣднее время расширено примѣненіе законовъ военныхъ на Кавказѣ. Законами 1891 г. Іюля 29, 1893 Янв. 25 и Сент. 13 и 1895 Янв. 5 (Ср. у. у. с. ст. 1255 по прод. 1895 г.), въ видѣ временной мѣры, впредь до искорененія разбойничества, въ Кавказскомъ краѣ и Ставропольской губерніи главноначальствующему гражданскою частью, а въ предѣлахъ Терской и Кубанской областей—командующему войсками Кавказскаго военнаго округа и наказному атаману кавказскихъ казачьихъ войскъ, предоставлено дѣла о разбоѣ, умышленномъ убійствѣ, грабежѣ съ насиліемъ, поджогахъ жилыхъ

---

1) Хотя ст. 17 положенія, въ отличіе отъ ст. 17 зак. 1892 г., употребляетъ выраженіе «для сужденія по законамъ военнаго времени», а не для «наказанія по законамъ», но главный военный судъ въ рѣшеніи 1887 г. далъ такое расширительное толкованіе. Ср. Кузьминъ-Караваевъ, стр. 228 прим.

2) Закономъ 20 Апрѣля 1892 г. такое же право предоставлено министру юстиціи по соглашенію съ военнымъ или морскимъ министрами, по принадлежности, относительно случаевъ шпіонства въ мирное время.

3) Собственно по закону это правило примѣнимо лишь въ случаяхъ, когда положеніе объ усиленной или чрезвычайной охранѣ введено въ смежныхъ губерніяхъ и областяхъ или гдѣ бы то ни было въ государствѣ, но такъ какъ къ сожалѣнію у насъ временныя правила имѣютъ неуклонную тенденцію обращаться въ постоянныя, что случилось и съ положеніемъ объ охранѣ, непрерывно съ 1881 г. во многихъ губерніяхъ дѣйствующимъ, то указанное въ ст. 31 право примѣняется собственно всегда.

строеній, возстаніи и вооруженномъ сопротивленіи властямъ, учиненныхъ туземцами или пребывающими тамъ персидскими или турецкими подданными, передавать военнымъ судамъ для сужденія по законамъ военнаго времени, а также дѣла о вооруженномъ нападеніи на Закавказскую и Владикавказскую желѣзныя дороги, когда таковое сопровождалось убійствомъ, или покушеніемъ на убійство, нанесеніемъ ранъ, увѣчій, тяжкихъ побоевъ или разбоемъ, грабежомъ или поджогомъ, а равно и о поврежденіяхъ сихъ дорогъ, кѣмъ бы таковыя ни были учинены, и притомъ съ примѣненіемъ къ виновнымъ ст. 270 и 279 воинскаго устава о наказ., т. е. смертной казни.

Наконецъ, по ст. 269 воинскаго устава о наказ., подлежатъ отвѣтственности по военнымъ законамъ жители занятыхъ войсками непріятельскихъ областей, во-1-хъ, за дѣянія, означенныя въ прокламаціи главнокомандующаго, и во-2-хъ, за дѣянія, совершенныя ими при участіи лицъ, подлежащихъ военному суду.

61. Сборникомъ особенныхъ законовъ этой группы является также сельско-судебный уставъ 23 Марта 1839 г., вошедшій во вторую часть XII тома. Уставъ этотъ предназначался для государственныхъ крестьянъ, но, на основаніи общаго положенія о крестьянахъ 19 Февраля 1861 г., былъ распространенъ на всѣхъ лицъ крестьянскаго сословія, хотя вмѣстѣ съ тѣмъ, съ изданіемъ означеннаго положенія, этотъ уставъ получилъ совершенно второстепенное значеніе, такъ какъ, согласно примѣч. къ ст. 102 общаго положенія, волостные суды, волостные старшины и сельскіе старосты, примѣняя наказанія на точномъ основаніи ст. 64, 86 и 102 положенія, при выборѣ мѣры наказанія только *примѣнялись* къ правиламъ сельско-судебнаго устава, да и то временно, впредь до изданія общаго сельско-судебнаго устава; такимъ образомъ, первенствующее мѣсто въ судахъ крестьянскихъ занимало обычное право.

Сельско-судебный уставъ есть не только законъ особенный, но и примѣнимый исключительно крестьянскими судами; поэтому судъ общій или мировой ни въ какомъ случаѣ не можетъ примѣнять этотъ уставъ, хотя бы ему, при условіяхъ совокупности, пришлось разсматривать дѣяніе, вполнѣ подходящее подъ дѣйствіе сего устава.

Съ изданіемъ же положенія о земскихъ начальникахъ, кругъ его дѣйствія еще болѣе съузился, такъ какъ въ тѣхъ мѣстностяхъ, гдѣ оно введено, на основаніи временныхъ правилъ о волостномъ судѣ 12 Іюля 1889 г., крестьянскіе суды по дѣламъ уголовнымъ, имъ подсуднымъ по ст. 17—19 сихъ правилъ, примѣняли уставъ о наказ. съ изъятіями, въ статьяхъ 33 и слѣд. указанными.

Далѣе, сельскіе обыватели губерній Лифляндской, Эстляндской и Курляндской, за нарушеніе правилъ благочинія и благоустройства въ своихъ селеніяхъ и мызахъ, подвергаются взысканіямъ и наказаніямъ на основаніи особыхъ о томъ постановленій. Въ 1880 г. была образована особая комиссія, подъ предсѣдательствомъ сенатора А. А. Книрима,—для пересмотра сельско-судебныхъ законовъ прибалтійскаго края, которая и выработала обширный проектъ административно-судебныхъ мѣстныхъ прибалтійскихъ законовъ, но проектъ этотъ остался безъ дальнѣйшаго движенія.

Наконецъ, къ особеннымъ законамъ этой группы относятся законы церковные; они, впрочемъ, не составляютъ одного общаго кодекса, а, напр., для церкви православной таковыми будутъ: русско-церковные законы, заключающіеся въ уставѣ духовныхъ консисторій, составленномъ въ 1841 г. и вышедшемъ вторымъ изданіемъ 9 Апрѣля 1883 г., а равно въ постановленіяхъ духовнаго регламента; обще-церковные законы, заключающіе въ себѣ правила Апостоловъ и Отцевъ церкви, постановленія вселенскихъ соборовъ и т. д., вошедшіе въ номоканоны и послужившіе основаніемъ нашей кормчей книги[1]). Въ 1839 г. Святѣйшій Синодъ издалъ первую часть кормчей книги подъ названіемъ: «Книга правилъ св. Апостоловъ, св. Соборовъ вселенскихъ и помѣстныхъ и св. Отцевъ».

Церковные законы примѣняются только духовными судами и ни въ какомъ случаѣ не могутъ быть примѣняемы общими судами.

Отвѣчаютъ по церковнымъ законамъ: во-1-хъ, согласно ст. 276 уст. дух. консисторій, міряне по проступкамъ, обнаружившимся по дѣламъ, производившимся въ епархіальномъ вѣдомствѣ; во-2-хъ, клиръ, т. е. лица бѣлаго и чернаго духовенства, священнослужители и причетники; при этомъ лица духовнаго званія отвѣчаютъ: а) за дисциплинарные проступки, т. е. за нарушенія исключительно церковныхъ правилъ, какъ, напр., совершеніе богослуженія въ нетрезвомъ видѣ, допущеніе смерти младенца или взрослаго безъ покаянія и т. д., или же б) за проступки общіе, подходящіе подъ понятіе проступковъ противъ должности, благочинія и благоповеденія, какъ, напр., обида, нарушеніе правилъ о совершеніи браковъ, о веденіи метрическихъ книгъ и т. д.

Въ этихъ случаяхъ вполнѣ возможна коллизія общихъ и церковныхъ законовъ, а при разрѣшеніи такой коллизіи рѣшающее значеніе, по разъясненію Сената [2]), должно имѣть то положеніе, что пространство дѣйствія законовъ церковныхъ, какъ законовъ спеціальныхъ, должно быть опредѣляемо ограничительно. Такъ, напр., Сенатъ призналъ, что обида должностныхъ лицъ священнослужителями подсудна общимъ, а не духовнымъ судебнымъ мѣстамъ, такъ какъ объ этомъ родѣ обидъ ничего не говорится въ уставѣ духовныхъ консисторій [77/10, Соловьева (о. с.)], равнымъ образомъ и оклеветаніе священнослужителями частныхъ лицъ въ официальной бумагѣ [92/38, Гессе (о. с.)].

Наконецъ, къ этой же группѣ особыхъ узаконеній должны быть отнесены постановленія о наказаніяхъ за преступныя дѣянія ссыльныхъ, помѣщенныя въ уставѣ о ссыльныхъ.

62. Дѣйствующее уголовное уложеніе распространяетъ свою силу, какъ это и выражено въ статьяхъ 4 и 5, на всю Россію, за исключеніемъ В. К. Финляндскаго; поэтому въ предѣлахъ Имперіи не существуетъ никакихъ мѣстныхъ законовъ. Такъ, въ губерніяхъ прибалтійскихъ до 1845 г. не существо-

---

[1]) Болѣе подробныя указанія въ курсахъ церковнаго права: Н. Соколовъ, Введеніе въ церковное право, 1874 г.; М. Альбовъ, Краткій курсъ лекцій по церковному праву, 1882 года.

[2]) См. практику Сената въ новыхъ изданіяхъ уложенія о наказ., подъ ст. 169.

вало никакого упорядоченнаго законодательства; тамъ примѣнялись и общегерманское право съ кодексомъ Карла V во главѣ, и шведскіе законы, и шведскіе сепаратные указы, а равно и указы нашего Правительствующаго Сената[1]); но съ 1845 г. на эти губерніи распространено уложеніе о наказаніяхъ, а съ 1889 г. наши процессуальные законы.

Въ Царствѣ Польскомъ, по присоединеніи его къ Россіи при Императорѣ Александрѣ I, былъ введенъ въ 1818 г. самостоятельный уголовный кодексъ, основанный на австрійскомъ уложеніи 1803 г., причемъ общія положенія его были согласованы съ судопроизводственными законами, введенными при образованіи В. Г. Варшавскаго, на основаніи французскаго судопроизводства. При Императорѣ Николаѣ I, одновременно съ работами по уложенію для Россіи, начались таковыя же по уложенію для Царства; первоначально они шли совершенно отдѣльно при статсъ-секретаріатѣ по дѣламъ Царства Польскаго, и къ Январю 1840 г. первоначальный проектъ ихъ былъ готовъ. 18 Января 1840 г. графомъ Блудовымъ былъ представленъ всеподданнѣйшій докладъ о необходимости, если не слить въ одно работы по составленію уложенія для Имперіи и Царства, то, по крайней мѣрѣ, установить между ними постоянную связь, такъ какъ иная система «была бы равно противна и политическимъ приличіямъ, и пользѣ государства». На послѣднее послѣдовало Высочайшее соизволеніе, и оба проекта разсматривались въ одной соединенной комиссіи, въ которой принимали участіе статсъ-секретарь по дѣламъ Царства Туркулъ и бывшій главнымъ работникомъ по составленію уложенія для Царства Р. М. Губе. Въ 1843 г. Мая 27 проектъ польскаго уложенія былъ представленъ въ окончательной формѣ Государю, но онъ былъ утвержденъ, а затѣмъ обнародованъ, позже общаго уложенія, а именно 12 Марта 1847 г. на польскомъ языкѣ; въ немъ было 1221 статья вмѣсто 2241[2]) общаго уложенія. Хотя польское уложеніе основывалось, какъ и уложеніе Имперіи, на сводѣ законовъ, хотя, благодаря совмѣстности окончательныхъ работъ, большинство его статей, не только по содержанію, но и по буквѣ, было тождественно съ уложеніемъ для Имперіи, тѣмъ не менѣе уложеніе для Царства было издано какъ самостоятельный законъ, а потому его дальнѣйшая исторія совершенно отдѣльна отъ исторіи уложенія: всякій новый законъ уголовный распространялся на Царство только въ силу особаго Высочайшаго о томъ повелѣнія; этимъ объясняется, что на Царство Польское не были распространены изданія уложенія 1857 и 1866 гг. Только указомъ 13 Сентября 1876 г. (полн. собр. зак., № 56371) на варшавскій судебный округъ распространено уложеніе 1866 г. съ нѣкоторыми измѣненіями, и съ этихъ поръ Царство Польское не имѣетъ уже особыхъ мѣстныхъ уголовныхъ законовъ.

Къ числу этихъ особенностей относится и сохраненіе силы за нѣкоторыми, весьма, впрочемъ, немногими постановленіями уложенія для Царства Польскаго 1847 г. Такъ, на основаніи прилож. VI къ ст. 180 улож. о нак. изд. 1885 г., п. 7, къ виновнымъ въ нарушеніи нѣкоторыхъ постановленій

---

1) Любопытныя данныя у Osenbrüggen, Theorie und Praxis Liv, Est und Curländischen Strafrechts, 1846 г.

2) Въ польское уложеніе не были внесены нарушенія законовъ казеннаго управленія.

гербоваго устава 1863 г. и постановленій о сборахъ съ паспортовъ примѣнялись ст. 493—502 улож. изд. 1847 г.; взамѣнъ постановленій 1441—1445 ст. улож. о нак., изд. 1885 г., сохраняли силу ст. 916—920 улож. 1847 г.; но это ограниченіе дѣйствія общихъ законовъ въ дѣйствующемъ уголовномъ уложеніи не сохранено.

63. Въ иномъ положеніи стоитъ Великое Княжество Финляндія.

Еще въ первой половинѣ нынѣшняго столѣтія вопросъ о юридическомъ положеніи Великаго Княжества Финляндіи въ литературѣ государственнаго права былъ поставленъ вполнѣ опредѣлительно: Великое Княжество разсматривалось какъ составная часть Россійскаго государства, имѣющая въ извѣстныхъ предѣлахъ самостоятельное законодательство и отдѣльную администрацію; но за послѣднее время, благодаря работамъ финляндскихъ юристовъ и публицистовъ—Коскинена, Даніельсона, Мехелина и др., нашедшимъ отраженіе и въ западно-европейской литературѣ, стало поддерживаться иное воззрѣніе, что Великое Княжество Финляндія есть автономное государство, соединенное съ Россійскою Имперіею реальною, а по мнѣнію нѣкоторыхъ, даже только личною уніею [1]).

Конечно, разсмотрѣніе вопроса о государственномъ положеніи В. К. Финляндіи не можетъ входить въ настоящія лекціи, но тѣмъ не менѣе его нельзя не коснуться въ видахъ опредѣленія отношенія уголовныхъ законовъ Финляндіи къ законамъ Имперіи.

Присоединеніе Финляндіи къ Россіи совершалось постепенно [2]). Еще при Петрѣ Великомъ по Ништадтскому мирному договору перешли во владѣніе Россіи Выборгъ и Кексгольмъ, съ ихъ дистриктами; по миру Абосскому 1743 г. границы Россіи передвинулись до рѣки Кюмени, причемъ изъ всѣхъ этихъ частей была образована губернія Выборгская (впослѣдствіи Финляндская), въ которой съ 1784 г. было введено общее имперское управленіе. Наконецъ, окончательно завоеванная Россіею въ 1808 и 1809 гг., Финляндія была уступлена намъ Швеціею по Фридрихсгамскому договору $^5/_{17}$ Сент. 1809 г.

По IV статьѣ договора король Шведскій за себя и за своихъ преемниковъ отказался отъ непринадлежавшей еще намъ части Финляндіи по рѣкѣ Торнео, «которая отнынѣ будетъ состоять *въ собственности и державномъ обладаніи* Имперіи Россійской, и къ ней навсегда присоединяется».

Такъ смотрѣлъ на присоединеніе Финляндіи и Императоръ Александръ I-й. Еще въ манифестѣ 20 Марта 1808 г. (п. с. з. 22911) онъ между прочимъ высказалъ: «страну сію, оружіемъ нашимъ такимъ образомъ покоренную, мы присоединяемъ отнынѣ навсегда къ Россійской Имперіи и вслѣдствіе того повелѣли мы принять отъ обывателей ея присягу на вѣрное престолу нашему подданство». Таковая присяга и была принесена въ Маѣ 1808 г. жителями города Або и многихъ другихъ городовъ Финляндіи.

Хотя еще до заключенія Фридрихсгамскаго договора, на основаніи Высочайшаго повелѣнія 20 Янв. 1809 г., и были собраны 15 Марта 1809 г. на сеймъ въ г. Борго земскіе чины Финляндіи, которые 17 Марта принесли отъ имени страны присягу вѣрноподданства, но эта присяга не измѣнила сущности дѣла, какъ не могла имѣть такого значенія и присяга 1808 г. [3]).

Составлявшая неразрывную часть другаго государства Финляндія не могла самостоятельно распоряжаться своею государственною судьбою, да еще въ то время, когда ея войска входили въ составъ оборонительныхъ силъ Швеціи и боролись съ непріятелемъ, т. е. съ нами, и притомъ, какъ во время сейма, такъ и послѣ него, представляя, по теоріи финомановъ, оригинальный типъ подданныхъ, пользующихся правами иностранной воюющей страны.

---

1) Мехелинъ, Конституція Финляндіи, переводъ съ примѣчаніями и дополненіями К. Ордина, 1888 г.

2) К. Ординъ, Завоеваніе Великаго Княжества Финляндіи, 2 т., 1888—1889 гг. Разборъ этой книги съ точки зрѣнія финляндской автономной партіи у Даніельсона.

3) Финляндскіе автономисты, конечно, игнорируютъ Фридрихсгамскій договоръ и придаютъ значеніе только Боргосскому сейму, ср. напр. Forsmann въ изданіи Листа.

Финляндія, какъ провинція Швеціи, никакого самостоятельнаго государственнаго управленія и его выразителя, сейма, не имѣла, представители ея сословій, наравнѣ съ представителями другихъ провинцій Швеціи, принимали участіе въ общемъ Шведскомъ сеймѣ.

Обѣщаніе, выраженное въ 9 ст. Абосскаго договора—сохранить за жителями вновь пріобрѣтенной провинціи всѣ привилегіи, обыкновенія, права и справедливости, равнымъ образомъ, какъ многократно повторяемыя Императоромъ Александромъ I, а затѣмъ и его преемниками, такъ называемыя, подтвержденія сохранить неприкосновенность религіи, основныхъ законовъ, правъ и привилегій страны, указывали только на волю державныхъ повелителей Великаго Княжества дать ей автономное, по вопросамъ, ея касающимся, законодательство и внутреннее управленіе, или, какъ прямо выражался Императоръ Александръ, дать ей отличный отъ Имперіи конституціонный образъ правленія, но эти обѣщанія и подтвержденія не заключали въ себѣ и намека на желаніе Монарховъ россійскихъ создать изъ Финляндіи особое государство, которое и въ общегосударственномъ отношеніи, въ регулированіи и охраненіи общегосударственныхъ интересовъ, противополагалось бы, какъ любая иностранная держава—Имперіи.

Всего менѣе могъ имѣть такое обособляющее значеніе созывъ сейма въ Борго: не могъ онъ безслѣдно стереть потоки русской крови, которою полита каждая пядь завоеванной земли, не могъ покоренія обратить въ присоединеніе, не могъ неразрывную часть чужой страны преобразовать въ независимое, своею судьбою располагающее государство.

Самый сеймъ въ г. Борго былъ созванъ не на основаніи и не въ порядкѣ формы правленія 1772 г., а на основаніи Высочайшаго повелѣнія Императора Александра I-аго; не только его составъ (какъ мѣстнаго сейма) былъ иной, но и его заключенія имѣли совершенно иное юридическое значеніе, чѣмъ постановленія сеймовъ Шведскихъ, такъ какъ самъ Императоръ въ рѣчи своей, произнесенной по закрытіи сейма 7 Іюля 1809 г., высказалъ: «созывая сословія Финляндіи на общій сеймъ, *я хотѣлъ узнать желанія и мысли народа* на счетъ истинныхъ его интересовъ», и даже выработанное Боргосскимъ сеймомъ учрежденіе совѣта было утверждено 6 Авг. 1809 г. совершенно отлично отъ предположеній сейма, такъ какъ Александръ I-й вовсе не считалъ его предположенія для себя обязательными.

Наконецъ, не надо забывать, что и при Александрѣ I-мъ, и тѣмъ болѣе при Николаѣ I-мъ до 1867 г. Великое Княжество управлялось безъ всякаго участія сейма, и цѣлый рядъ органическихъ законовъ, опредѣлившихъ устройство различныхъ частей управленія Княжествомъ, являлся совокупностью мѣстныхъ Высочайшихъ повелѣній [1]). Тогда Финляндія и не мечтала объ уніи.

Вышеизложенныя соображенія получили прямое подтвержденіе въ представляющемъ существенное значеніе по отношенію къ настоящему вопросу Высочайшемъ рескриптѣ Императора Александра III-го отъ 28 Февраля 1891 г., въ коемъ сказано между прочимъ: «Финляндскій край, состоя съ начала нынѣшняго столѣтія, а въ нѣкоторыхъ частяхъ и ранѣе, въ собственности и Державномъ обладаніи Имперіи Россійской, получилъ по волѣ Императора Александра I-го особый порядокъ внутренняго управленія и Всемилостивѣйшее удостовѣреніе о сохраненіи за нимъ его правъ, преимуществъ, религіи и коренныхъ законовъ. Такое удостовѣреніе подтверждаемо было и Его Державными Преемниками. Сіи права и преимущества не только сохраняютъ понынѣ свое дѣйствіе, но и получили во многихъ частяхъ своихъ дальнѣйшее развитіе въ соотвѣтствіе потребностямъ населенія Финляндіи. Такимъ образомъ, судьба Великаго Княжества подъ скипетромъ Россійскимъ доказала, что единеніе его съ Россіею не препятствовало свободному развитію мѣстныхъ его учрежденій, а достигнутое Финляндіею благосостояніе непреложно свидѣтельствуетъ о соотвѣтствіи

---

1) При этомъ тѣ изъ узаконеній, которыя касались и интересовъ Имперіи, утверждались съ соблюденіемъ правилъ, установленныхъ для Имперіи, таковы, напр., Высоч. утвержденныя мнѣнія Государственнаго Совѣта 25 Марта 1826 г. о порядкѣ производства дѣлъ, учиненныхъ жителями края въ Имперіи и обратно; 14 Іюня 1835 г., о торговыхъ сношеніяхъ; 11 Іюля 1852 г. о порядкѣ свидѣтельствованія актовъ и др. Нельзя также не указать на узаконеніе 2 Авг. 1827 г. о предоставленіи правъ службы въ Финляндіи исповѣдующимъ православную вѣру; 1 Февр. 1864 г. о выдѣленіи изъ Финляндіи Сестрорѣцкаго завода съ ближайшею землею и др. Ср. другіе многочисленные примѣры въ запискѣ особаго совѣщанія стр. 11.

такого единенія собственнымъ ея выгодамъ».... Указавъ за симъ, что неопредѣленность законоположеній, касающихся отношенія края къ Имперіи, подала поводъ къ превратному толкованію принимаемыхъ за послѣднее время мѣръ, рескриптъ выражаетъ надежду, что благоразуміе финскаго народа разсѣетъ это заблужденіе. Наконецъ, столь же опредѣлительно выражена эта мысль и въ манифестѣ Царствующаго Императора 3 Февр. 1899 г. «Великое Княжество Финляндское, говорится тамъ, войдя съ начала нынѣшняго столѣтія въ составъ Россійской Имперіи, пользуется, по великодушному соизволенію Блаженныя памяти Императора Александра Благословеннаго и его Державныхъ Преемниковъ, особыми въ отношеніи внутренняго управленія и законодательства учрежденіями, кои соотвѣтствуютъ бытовымъ условіямъ страны....Мы видимъ залогъ, говорится далѣе, процвѣтанія Финляндіи въ тѣснѣйшемъ единеніи ея съ Имперіею. Подъ сѣнію Державы Россійской, сильная ея защитою Финляндія въ теченіе почти цѣлаго столѣтія неуклонно шла по пути мирнаго преуспѣянія....». Наконецъ, манифестъ 7 Іюля 1901 г. о введеніи въ Великомъ Княжествѣ новаго устава о воинской повинности начинается многознаменательнымъ выраженіемъ: «вслѣдъ за включеніемъ Великаго Княжества Финляндскаго въ составъ Россійской Имперіи».

Все это, конечно, даетъ право сказать, что Великое Княжество не состоитъ ни въ какой уніи съ Россіею, а составляетъ ея часть, которой волею Монарховъ Всероссійскихъ дарованы права самостоятельнаго законодательства и управленія; поэтому и уголовное законодательство Великаго Княжества Финляндіи не можетъ быть приравниваемо къ законодательствамъ иностраннымъ, а составляетъ только особый мѣстный законъ.

На основаніи этого, по отношенію ко всѣмъ иностраннымъ государствамъ, Финляндія является частью Россіи, а посему всѣ законы Имперіи, относящіеся къ международному уголовному праву, а согласно сему и всѣ соотвѣтствующія постановленія дѣйствующаго уголовнаго законодательства, должны получить, по надлежащемъ ихъ опубликованіи, силу и для Великаго Княжества Финляндіи. Далѣе, лица, учинившія преступленіе въ Великомъ Княжествѣ и бѣжавшія въ Имперію, судятся и наказываются не какъ учинившія преступное дѣяніе за предѣлами Россіи, т. е. не по правиламъ, выраженнымъ въ ст. 6 и слѣд. уложенія, а на основаніи спеціальныхъ судопроизводственныхъ правилъ и никакого вопроса о примѣненіи къ этимъ лицамъ процедуры выдачи и возникнуть не можетъ. Наконецъ, на основаніи 213 ст. прим. 1 и прилож. военно-судебнаго устава войска финляндскаго округа и гражданскіе чины военнаго вѣдомства изъяты изъ-подъ мѣстныхъ законовъ; равнымъ образомъ изъяты чины телеграфнаго и почтоваго вѣдомствъ, а равно и другія должностныя лица Имперіи за преступныя дѣянія по службѣ, учиненныя въ Финляндіи; принадлежащіе къ духовенству православнаго вѣроисповѣданія и монашествующіе сего исповѣданія за нарушеніе обязанностей ихъ званія и за маловажныя нарушенія.

При составленіи уложенія о нак. 1845 г. вопросъ объ отношеніи его къ законамъ Финляндіи остался совершенно не затронутымъ и не опредѣленнымъ, но редакціонная комиссія, при составленіи проекта дѣйствующаго уложенія, отнеслась къ этимъ законамъ, какъ къ законамъ мѣстнымъ, признавая, что во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ можетъ возникнуть коллизія между законами Имперіи и законами Великаго Княжества, она должна быть разрѣшаема въ пользу имперскихъ законовъ. При этомъ, какъ указано въ объяснительной запискѣ къ проекту, въ постановленія, касающіяся пространства дѣйствія уложенія, комиссія нашла необходимымъ ввести два термина, опредѣляющіе область, на которую распространяется сила его отдѣльныхъ постановленій: «Россія» и «Россійская Имперія». Первый терминъ долженъ обнимать всю область россійскаго государства, включая сюда и Великое Княжество Финляндію, а второй—будетъ означать Имперію въ противоположность Великому Княжеству; такое же значеніе усвоено и производнымъ терминамъ: «русскій подданный» и «подданный Россійской Имперіи». Но Государственный Совѣтъ нашелъ установленіе двухъ такихъ терминовъ для обозначенія русскихъ подданныхъ несоотвѣтствующимъ дѣйствительному положенію Финляндіи, какъ составной части россійскаго государства, а потому и сохранилъ одинъ терминъ «россійскій подданный».

До 1894 г. въ Финляндіи дѣйствовало шведское уложеніе 1734 г. съ разнообразными дополнительными къ нему узаконеніями. Въ 1863 г. Императоръ Александръ II собравшемуся въ первый разъ финляндскому сейму предоставилъ выработать основныя начала новаго уголовнаго уложенія, которыя и были составлены земскими чинами въ 1864 г. Въ томъ же году была образована особая комиссія для разработки уголовнаго уложенія, окончившая

свои работы къ 1875 г. Этотъ первый проектъ былъ опубликованъ и подвергнутъ разсмотрѣнію въ печати, а затѣмъ обсуждался въ особой комиссіи, которая окончила свои работы въ 1884 г. Въ 1885 г. этотъ второй проектъ былъ представленъ отъ имени правительства сейму, но сеймъ не успѣлъ разсмотрѣть его, такъ что окончательное обсужденіе отложено до будущаго сейма [1]). Оба проекта, въ особенности первый, были построены на началахъ германскаго уголовнаго уложенія 1872 г. Вмѣстѣ съ тѣмъ, по отношенію къ Россіи, оба они стояли на той точкѣ зрѣнія, что Финляндія составляетъ самостоятельное государство, по отношенію къ коему Россія есть иностранная держава.

Сеймъ 1888 г., наконецъ, принялъ проектъ уголовнаго уложенія, и въ 1889 г. законопроектъ, несмотря на указанныя выше его особенности, удостоился Высочайшаго утвержденія и уложеніе должно было вступить въ силу съ 1 Января 1891 года, но манифестомъ 1/13 Декабря 1890 г. повелѣно было пріостановить введеніе его въ дѣйствіе. Необходимость такой пріостановки дѣйствія уже утвержденнаго закона объясняется дѣйствовавшимъ въ то время ненормальнымъ порядкомъ составленія законопроектовъ для В. К. Финляндіи [2]).

---

[1]) Свѣдѣнія о первомъ проектѣ въ статьѣ пр. Ehrström, Der neue finnische Strafgesetzentwurf въ G. 1876 г., стр. 518; а о второмъ въ статьѣ пр. Forsmann, въ т. VII L. Z. (1886 г.) стр. 214.

[2]) Эти столь выдающіеся факты и отсутствіе какого либо порядка изданія и обнародованія законовъ общихъ для Имперіи и Великаго Княжества, вызвали прежде всего, весьма впрочемъ неопредѣленное, Высочайшее постановленіе 1 Августа 1891 г. о сношеніяхъ по законодательнымъ вопросамъ статсъ-секретаря финляндскаго съ подлежащими министрами, а затѣмъ были предметомъ подробнаго совѣщанія въ 1893 г., подъ предсѣдательствомъ д. т. с. Бунге, изъ представителей Имперіи и Княжества, причемъ, какъ и въ другихъ подобныхъ совѣщаніяхъ, представители Княжества составили особое мнѣніе, хотя и не по самому принципу совмѣстнаго обсужденія законовъ, но, однако, по наиболѣе существеннымъ вопросамъ порядка этого обсужденія. Предполагаемое внесеніе представленія въ Государственный Совѣтъ не состоялось, и лишь въ 1899 г., послѣ новаго разсмотрѣнія этого вопроса въ совѣщаніи подъ предсѣдательствомъ В. К. Михаила Николаевича, послѣдовалъ извѣстный манифестъ Императора Николая II отъ 3 Февраля 1899 г. и основныя положенія о порядкѣ изданія законовъ общихъ для Имперіи и В. Княжества. Совѣщаніе находило (см. журналъ совѣщанія стр. 8), что законы государственные, относящіеся и къ В. Княжеству, могутъ быть раздѣлены на четыре категоріи:

1) Законы, которые по существу своему имѣютъ одинаковую силу какъ въ Имперіи, такъ и въ В. К. Финляндскомъ. Къ нимъ принадлежатъ: основные законы Россійской Имперіи, примѣненіе коихъ въ Финляндіи обусловливается тѣмъ, что она составляетъ нераздѣльную часть Россійскаго государства; учрежденіе о императорской фамиліи; акты международныхъ соглашеній; законы и постановленія, касающіеся внѣшней защиты государства и т. п.

2) Законы общіе для всей Имперіи со включеніемъ В. К. Финляндскаго, которые объявляются къ исполненію во всѣхъ частяхъ Имперіи, не исключая и Финляндіи.

3) Законы, которые хотя и издаются для одного Великаго Княжества Финляндскаго, но имѣютъ отношеніе ко всей Имперіи (напр., законы уголовные).

4) Законы, имѣющіе исключительно мѣстное для В. К. Финляндскаго значеніе.

Законы первой категоріи должны и впредь издаваться порядкомъ, для законовъ Имперіи опредѣленнымъ; равнымъ образомъ, остается безъ всякаго измѣненія и порядокъ изданія законовъ четвертой категоріи, въ виду того, что, по Высочайшему предуказанію Его Императорскаго Величества, не имѣется въ виду измѣнять порядокъ законодательства, относящагося исключительно до внутренней жизни Финляндскаго края. Такимъ образомъ, новыя правила относятся только къ законамъ второй и третьей категоріи.

Направленіе законовъ сего рода къ разсмотрѣнію во вновь установленномъ порядкѣ зависитъ отъ указанія Государя Императора, испрашиваемаго или министрами Имперіи или министромъ статсъ-секретаремъ В. Княжества, по принадлежности, причемъ статсъ-секретарь В. Княжества испрашиваетъ такія указанія относительно законовъ третьей категоріи, примѣняемыхъ въ предѣлахъ В. Княжества, но касающихся общегосударственныхъ потребностей или находящихся въ связи съ законодательствомъ Имперіи (журн. стр. 11).

По полученіи такого Высочайшаго указанія министръ сносится о доставленіи заключеній по существу проекта съ Финляндскимъ генералъ-губернаторомъ, статсъ-секретаремъ и финляндскимъ се-

По этому порядку при изданіи даже тѣхъ законовъ для В. Княжества, которые имѣли болѣе или менѣе непосредственное отношеніе къ интересамъ Имперіи, не было обязательно испрошеніе заключенія подлежащихъ вѣдомствъ Имперіи, въ силу чего было вполнѣ возможно появленіе такихъ узаконеній для Финляндіи, которыя не только по ихъ изложенію, но иногда и по существу, не соотвѣтствовали истиннымъ отношеніямъ Княжества и Имперіи и ея интересамъ; такимъ, напр., къ сожалѣнію, оказался, въ нѣкоторыхъ своихъ постановленіяхъ, имѣющій капитальную важность уставъ о воинской повинности 6 Декабря 1878 г.; такимъ же было бы и новое уголовное уложеніе, если бы, собственно говоря, случай не измѣнилъ теченіе дѣла.

Лѣтомъ 1890 г., на бывшемъ въ С.-Петербургѣ международномъ конгрессѣ, представитель Финляндіи сенаторъ Монтгомери обязательно сообщилъ между прочимъ и мнѣ переводъ (юридически говоря, подлинникъ) утвержденнаго финляндскаго уложенія, который я тщетно разыскивалъ въ Петербургѣ. Тщательно ознакомившись съ нимъ, и находя, независимо отъ безграмотнаго и мѣстами совершенно неточнаго русскаго текста, что многія статьи его общей части и нѣкоторыя особенной (объ измѣнѣ, о поддѣлкѣ денежныхъ знаковъ), касающіяся отношеній Княжества къ Имперіи, проводятъ взгляды, совершенно не соотвѣтствующіе положенію Финляндіи, въ общемъ строѣ государства, а нѣкоторыя статьи, касающіяся, напр., международнаго уголовнаго права, идутъ въ разрѣзъ съ началами, усвоенными редакціонною комиссіею въ проектѣ уголовнаго уложенія, я представилъ мои соображенія по этому предмету предсѣдателю нашей комиссіи Э. В. Фришу, который, 2 Августа 1890 г., въ качествѣ предсѣдателя комиссіи и главноуправляющаго кодификаціоннымъ отдѣломъ[1]), препроводилъ составленную мною подробную печатную записку («по поводу предстоящаго введенія особаго уложенія для В. К. Финляндіи»), съ своимъ по этому поводу заключеніемъ, къ министру юстиціи Н. А. Манасеину. Министръ юстиціи, по разсмотрѣніи этого вопроса, совмѣстно съ статсъ-секретаремъ Фришемъ, представилъ на Высочайшее благоволеніе о необходимости подвергнуть пересмотру новое уложеніе В. К. Финляндскаго, въ видахъ согласованія его съ интересами Имперіи, на что уже 17 Октября 1890 г. послѣдовало Высочайшее согласіе. Предположенія о возможномъ пересмотрѣ уложенія В. К. Финляндіи были первоначально разсмотрѣны въ особомъ совѣщаніи мин. юстиціи, статсъ-секретаря Фриша, генералъ-губернатора Финляндіи гр. Гейдена и статсъ-секретаря Финляндіи Эрнрота. Послѣ этого, по всеподданнѣйшему докладу графа Гейдена[2]), была образована, по Высочайшему повелѣнію отъ 31 Октября 1890 г., особая для

натомъ. По тѣмъ же законодательныхъ предположеніямъ, кои въ порядкѣ внутренняго управленія Великаго Княжества поступаютъ на уваженіе Финляндскаго сейма, требуется заключеніе сейма и въ порядкѣ изданія вышеозначенныхъ законовъ, затѣмъ законопроектъ поступаетъ на общемъ основаніи въ Государственный Совѣтъ и разсматривается при участіи генералъ-губернатора, статсъ-секретаря и тѣхъ сенаторовъ Императорскаго Финляндскаго Сената, кои, по Высочайшему избранію, будутъ особо къ тому назначены. Нельзя при этомъ не прибавить, что эти предположенія въ совѣщаніи встрѣтили только одно возраженіе, занесенное и въ журналъ, что предположенное требованіе заключенія Финляндскаго сейма противорѣчитъ сеймовому уставу 1869 г., на основаніи коего земскіе чины постановляютъ не заключенія, а рѣшенія, которыя могутъ быть или утверждаемы или отклоняемы Верховною властью, но не могутъ подлежать измѣненію. Но по поводу этого замѣчанія большинство вполнѣ справедливо указывало, что такое право можетъ относиться только къ финляндскимъ, а не къ общегосударственнымъ законамъ, такъ какъ невозможно допустить, чтобы мѣстный сеймъ имѣлъ рѣшающій голосъ по дѣламъ, касающимся всего государства Россійскаго, и чтобы высшее законодательное учрежденіе Имперіи, Государственный Совѣтъ лишался права докладывать Монарху о поправкахъ, необходимыхъ въ законѣ, составленномъ для Финляндіи, но имѣющемъ общегосударственное значеніе. Эти постановленія внесены въ учрежденіе Государственнаго Совѣта 1901 года въ ст. 15 и 31 п. 21.

[1]) Относящіяся сюда данныя находятся въ дѣлѣ министерства юстиціи 1890, № 200 въ трехъ томахъ.

[2]) Нельзя не указать, что на журналѣ общаго совѣщанія, бывшаго подъ предсѣдательствомъ графа Гейдена, противъ того мѣста журнала, гдѣ помѣщено объясненіе статсъ-секретаря Эрнрота о томъ, что если въ новыя уголовныя законоположенія для Финляндіи вошли постановленія, дающія поводъ къ толкованію объ отдѣленіи интересовъ Финляндіи отъ интересовъ Имперіи и приравненіи

разсмотрѣнія этого вопроса комиссія подъ моимъ предсѣдательствомъ [1]). Комиссія въ 7 засѣданіяхъ подвергла тщательному пересмотру всѣ статьи Финляндскаго уложенія и 14 Ноября представила подробный докладъ о тѣхъ постановленіяхъ, которыя требуютъ измѣненія ихъ по существу или дополненія (охрана международнаго телеграфнаго кабеля, клеймъ и знаковъ и т. п.), и тѣхъ, которыя требуютъ только редакціонныхъ передѣлокъ. Между прочимъ, въ этомъ докладѣ было указано, что, соотвѣтственно признанія Финляндіи нераздѣльною частью единаго государства Россійскаго, опредѣленіе объема и состава таковыхъ посягательствъ въ мѣстныхъ карательныхъ законахъ Финляндіи должно быть одинаково съ тѣмъ, которое установлено въ общихъ законахъ Россійскаго государства; но находя, что, въ виду предпринятаго въ Имперіи пересмотра уголовныхъ законовъ, полное объединеніе законодательныхъ постановленій по преступленіямъ государственнымъ являлось бы преждевременнымъ, докладъ высказалъ пожеланія, чтобы впредь новые карательные о государственныхъ преступленіяхъ законы для Имперіи подлежали бы одновременно и въ Великомъ Княжествѣ, въ установленномъ порядкѣ, обнародованію. Несмотря на необходимость столь существенныхъ измѣненій въ цѣломъ рядѣ статей общей и особенной части финляндскаго уложенія, членъ комиссіи Колоніусъ полагалъ невозможнымъ пріостановить введеніе въ дѣйствіе уложенія, какъ закона, уже получившаго установленную санкцію. Но Государь Императоръ утвердилъ предположенія особаго совѣщанія подъ предсѣдательствомъ графа Гейдена, вполнѣ одобрившаго заключенія нашей комиссіи и между прочимъ признавшаго (пунктъ 3), что узаконенія Финляндіи, въ качествѣ законовъ мѣстныхъ, не могутъ отмѣнять силы и дѣйствія тѣхъ общихъ, изданныхъ въ Имперіи законовъ, которые должны имѣть примѣненіе на всемъ пространствѣ Россійскаго государства; при этомъ было обращено особое вниманіе на распространеніе на Финляндію нашихъ договоровъ съ иностранными государствами, касающихся международной уголовной охраны. Затѣмъ послѣдовалъ манифестъ 1 Декабря 1890 г., который пріостановилъ введеніе уложенія въ дѣйствіе и предложилъ земскимъ чинамъ вновь разсмотрѣть проектированныя измѣненія на сеймѣ 1891 г. Проектъ предложенія сейму былъ составленъ финляндскимъ сенатомъ, который, однако, въ своемъ постановленіи отъ 19 Января 1891 г. находилъ необходимымъ сдѣлать въ предложеніи нѣкоторыя измѣненія и, между прочимъ, полагалъ неудобнымъ принятіе термина «Россія» для означенія совокупности Имперіи и В. Княжества, а съ другой стороны высказывалъ пожеланія, чтобы выраженіе «финляндецъ или иной подданный Россійскаго государства» было замѣнено выраженіемъ «финляндецъ или иной подданный Государя Императора», полагая, что это указаніе на личное единеніе княжества и Имперіи болѣе соотвѣтствуетъ образу правленія монархической страны; кромѣ того сенатъ предполагалъ включить въ предложеніе объясненіе, что дѣйствіе уложенія было пріостановлено лишь за невозможностью собрать земскіе чины до 1 Января 1891 г.

Но по разсмотрѣніи этого предположенія въ министерствѣ юстиціи, текстъ его былъ измѣненъ и болѣе согласованъ съ предположеніями особаго совѣщанія, причемъ и мотивъ пріостановленія введенія его въ дѣйствіе былъ замѣненъ другимъ: «Государь Императоръ за благо призналъ» и т. д. Однако, сеймъ 1891 г., принявъ нѣкоторыя изъ предложенныхъ ему измѣненій, относительно другихъ статей предложилъ свою редакцію, которая была подробно разобрана мною въ докладной запискѣ 26 Февраля 1892 г. и вызвала рядъ возраженій, раздѣленныхъ въ главныхъ чертахъ и мин. юстиціи. Вслѣдствіе этого и предположенія сейма 1891 г. не были утверждены Государемъ, который передалъ разсмотрѣніе предположенныхъ измѣненій сейму 1893 г., по проекту сената, почти вполнѣ согласованному съ предположеніями министра юстиціи; въ этой послѣдней редакціи измѣненія были наконецъ приняты сеймомъ 1893 г.. и измѣненный проектъ уложенія получилъ Высочайшее утвержденіе. Затѣмъ въ сборникѣ постановленій В. К. Финляндскаго (1894 № 17) былъ

послѣдней къ иностраннымъ государствамъ, то подобное толкованіе, не отвѣчающее, безъ сомнѣнія, намѣреніямъ законодателя, можетъ вытекать лишь изъ неудачнаго изложенія сихъ постановленій, послѣдовала многознаменательная отмѣтка покойнаго Императора Александра III: «не думаю, что это такъ».

[1]) Въ составѣ Н. А. Неклюдова, Е. Н. Розина и барона Э. Ю. Нольде, а отъ Финляндіи—секретаря сената Колоніуса и члена статсъ-секретаріата А. П. Этингера.

изданъ текстъ измѣненій, внесенныхъ въ Финляндское уложеніе 1889 г., а въ приложеніи къ нему исправленный и Высочайше одобренный 4 Іюля 1892 г. русскій текстъ остальныхъ частей уложенія 1889 г. (причемъ по Высоч. повел. 1 Августа 1891 г., сб. пост. финл. № 27, русскій текстъ, какъ утверждаемый Императоромъ, долженъ считаться основнымъ и имѣть рѣшающее значеніе). Какъ видно изъ Высочайшаго манифеста $^{2}/_{14}$ Апрѣля 1894 г., это уложеніе должно было вступить въ дѣйствіе немедленно, а потому юридически новое уголовное уложеніе дѣйствуетъ со 2 Апрѣля 1894 г., хотя финляндцы и именуютъ его уложеніемъ 1889 г.

Независимо отъ сего, въ 1891 г. была образована также комиссія подъ моимъ предсѣдательствомъ о пересмотрѣ законоположеній 1826 г. о производствѣ дѣлъ по преступнымъ дѣяніямъ, учиняемымъ въ Имперіи жителями В. К. Финляндіи и въ семъ краѣ жителями Имперіи [1]). Эта комиссія въ томъ же году выработала проектъ законоположеній и представила его въ министерство юстиціи, но затѣмъ проектъ остался безъ движенія, въ виду предпринятаго общаго пересмотра нашихъ уголовно-процессуальныхъ законовъ.

Равнымъ образомъ, остались безъ послѣдствій и предположенія о кодифицированіи основныхъ законовъ края, а образованная, подъ предсѣдательствомъ Н. А. Неклюдова, въ 1894 г. для подготовленія этихъ работъ комиссія даже ни разу не собиралась.

§ 7. Обзоръ иностраннаго уголовнаго законодательства [2]).

64. Старѣйшимъ законодательствомъ Западной Европы является французское. Дореволюціонная Франція не выработала уголовнаго кодекса; знаменитый ордоннансъ 1670 г. Людовика XIV упорядочилъ лишь процессуальные законы, и только отрывочно касался матеріальнаго права [3]), такъ что къ эпохѣ великой революціи французское право представляло пеструю смѣсь римскаго и обычнаго права, эдиктовъ, ордоннансовъ, судебныхъ рѣшеній. Всесокрушающая ломка принциповъ, понятій, юридическихъ отношеній, ознаменовавшая первые шаги соціальнаго и политическаго переворота, еще болѣе усилила хаотическое состояніе права. Поэтому понятно, что уже учредительное собраніе, не довольствуясь провозглашеніемъ новыхъ началъ юридической и политической жизни въ déclaration des droits de l'homme 1789 г. [4]), приступило и къ кодифицированію уголовныхъ зако-

---

[1]) Составъ ея былъ тотъ же, только вмѣсто Колоніуса участвовалъ въ трудахъ ея финляндскій сенаторъ Стренгъ.

[2]) Ср. для всего параграфа предпринятое международнымъ союзомъ уголовнаго права изданіе подъ редакціею проф. Листа, Сравнительное изложеніе современныхъ уголовныхъ законодательствъ, на французскомъ и нѣмецкомъ языкахъ. Пока вышли 2 тома, содержащіе обзоръ уголовныхъ законодательствъ Европы и внѣевропейскихъ государствъ, крайне, впрочемъ, различный и по качественной и по количественной обработкѣ частей, напр., французскому законодательству посвящено 23 стр. поверхностнаго обзора, а отживающему и въ настоящемъ видѣ имѣющему весьма малое общеевропейское значеніе законодательству Швейцаріи отведено 68 страницъ.

[3]) Дореволюціонное уголовное право Франціи, и въ частности ордоннансъ 1670 г., прекрасно обработаны у A. Esmein, Histoire de la procédure criminelle en France, 1882 г. Съ XV столѣтія главнымъ источникомъ развитія французскаго права была судебная практика; ордоннансы королей только утверждали положенія, добытыя ею. Важнѣйшіе изъ ордоннансовъ Людовика XII, 1498 г., Франциска I, 1539 г., замѣчательный своею жестокостью, произведеніе канцлера Пойэ; L'ordonnance de Blois—1579; l'ordonnance 1629 (code Mischaux). Ср. историческіе очерки въ курсахъ Garraud, Lainé, Normand; Garraud, указывая на отсутствіе во Франціи «стараго порядка» твердыхъ положеній уголовнаго права, замѣчаетъ, что даже знаменитый Pothier, излагая и резюмируя старое право, далъ только очеркъ уголовнаго процесса, но не уголовнаго права.

[4]) Важнѣйшими положеніями, провозглашенными декларацією правъ, были: «la loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société» и «la loi ne peut établir que des peines strictement et évidemment nécessaires». Декларація ставила условіемъ наказуемости—запрещенность дѣянія законами во время его учиненія, устраненіе уголовной отвѣтственности за мнѣнія какъ въ области поли-

новъ [1]). Первою такою попыткою былъ законъ 17/22 Іюля 1791 г.—décret relatif á l'organisation d'une police municipale et correctionelle; за нимъ слѣдовалъ, code pénal, 1791 г., касавшійся наиболѣе тяжкихъ злодѣяній. Послѣднею работою революціи былъ, составленный Merlin, code des délits et des peines 25 Октября 1795 г. (3 брюмера IV г.), но и онъ, несмотря на свое названіе, относился преимущественно къ процессу; матеріальное право обработано въ немъ только въ видѣ дополненія.

Болѣе успѣшными оказались кодификаціонныя работы консульства и имперіи [2]). Декретомъ 7 жерминаля IX года (28 Марта 1801 г.) была образована комиссія изъ извѣстныхъ юристовъ Франціи: Vieillard, Target, Oudart, Treillard и Blondel, для обработки полнаго кодекса законовъ какъ матеріальныхъ, такъ и формальныхъ, и результатомъ работъ этой комиссіи было созданіе знаменитыхъ cinq codes. Спеціально проектъ уголовнаго кодекса былъ изготовленъ къ 1808 г., подъ редакціею Тарже, обсужденіе проекта началось въ Октябрѣ 1808 г. и окончилось въ 1810 г.; въ силу кодексъ вступилъ съ 1 Января 1811 года.

Code pénal является дѣйствующимъ кодексомъ и донынѣ, но онъ въ теченіе своего 90-лѣтняго существованія претерпѣлъ такія крупныя измѣненія и по содержанію и по формѣ, что въ дѣйствительности дѣйствующій кодексъ существенно различается отъ первоначальнаго [3]).

Важнѣйшими изъ постановленій, измѣнившихъ кодексъ, были: законъ 1824 г., допустившій право признанія смягчающихъ обстоятельствъ при нѣкоторыхъ тяжкихъ преступленіяхъ и тѣмъ значительно содѣйствовавшій смягченію наказаній; законъ 1832 г., измѣнившій 162 ст., т. е. около одной трети кодекса; этимъ закономъ отмѣнены: клейменіе, позорный ошейникъ, отсѣченіе кисти руки, какъ дополненіе смертной казни; значительно уменьшено число случаевъ примѣненія смертной казни и пожизненнаго лишенія свободы; система смягчающихъ обстоятельствъ распространена на всѣ преступленія и проступки; исключенъ изъ кодекса цѣлый рядъ статей, а нѣкоторые уголовные запреты введены въ кодексъ; законъ 1848 г., уничтожившій смертную казнь за политическія преступленія и выставку у позорнаго столба; законъ 1854 г., отмѣнившій гражданскую смерть; законъ 13 Мая 1863 г., измѣнившій 45 статей, по большей части съ уменьшеніемъ наказуемости за преступленія и проступки, и дополнившій кодексъ новыми постановленіями. Сверхъ того, нѣкоторыя изъ отдѣльныхъ узаконеній, не вошедшія непосредственно въ code pénal, тѣмъ

тики, такъ и религіи, равенство наказаній безотносительно къ рангу и сословному положенію виновнаго и т. д. Кромѣ того, закономъ 21 Января 1790 г. провозглашенъ принципъ личности наказанія установленіемъ того положенія, что осужденіе и наказаніе не могутъ пятнать семьи осужденнаго; отмѣнены также конфискація, процессы надъ мертвыми и т. д.

[1]) Ср. Ortolan, Cours de législation pénale comparée, introduction historique, 1841 г.; A. Desjardins, Les cahiers des états generaux en 1789 et la législation criminelle, 1883 г. Наступленіе необходимости полной реформы уголовныхъ законовъ Франціи доказываетъ эдиктъ 8 Мая 1788 г., вышедшій наканунѣ революціи и только потому не успѣвшій воспріять силу; эдиктъ провозвѣщалъ полную переработку уголовнаго судопроизводства. Въ наказахъ депутатовъ учредительнаго собранія были провозглашены слѣдующіе принципы желаемой реформы: 1) равенство и смягченіе карательныхъ мѣръ и нераспространяемость ихъ на семью осужденнаго; 2) уничтоженіе судейскаго произвола; 3) ненаказуемость посягательствъ на религію и нравы; 4) публичность процесса; 5) защита въ дѣлахъ уголовныхъ; 6) уничтоженіе очистительной присяги обвиняемаго; 7) мотивировка публично постановляемаго приговора; 8) введеніе суда присяжныхъ.

[2]) Ср. у Garraud, № 67 и сл., Lainé, № 45 и сл., Villey, стр. 24 и сл. и у Dalloz, Code pénal annoté, 1881 г., предисловіе.

[3]) Кодексъ 1810 г. отличался значительною суровостью. Эли (№ 11) по поводу его замѣчаетъ, что лѣстница наказаній кодекса носила слѣды варварства, произвола и жестокости и не представляла надлежащей пропорціональности между наказаніями и преступленіями; но самое опредѣленіе преступности и ея признаковъ при отдѣльныхъ преступныхъ дѣяніяхъ построено на разумныхъ началахъ. Еще строже отзывъ Росси: «скороспѣлое произведеніе власти, возстановившее конфискацію, вновь воздвигнувшее Бастилію, стоящее несравненно ниже французской цивилизаціи». Всѣ позднѣйшія реформы были, главнымъ образомъ, направлены къ смягченію наказаній кодекса.

не менѣе существенно его измѣнили, таковы: законъ 1850 г. объ устройствѣ исправительныхъ заведеній для малолѣтнихъ преступниковъ; законъ 1850 г. о наказаніи депортаціею; законъ 1854 г. о порядкѣ отбытія каторжныхъ работъ и о транспортаціи. Республика дала законы 1872, 1873 и 1874 гг. о ссылкѣ; законъ 27 Іюля 1881 г. о печати и о нарушеніи законовъ о печати, такъ называемый code de la presse; законъ 1885 г. о наказуемости повторенія преступленій и того же года объ условномъ освобожденіи; законы 1886 и 1896 г. о шпіонствѣ въ мирное время; 20 Марта 1891 г., такъ называемый loi Beranger, объ условномъ осужденіи и о рецидивѣ; законы 1892 и 1894 г. объ анархистахъ; 18 Декабря 1893 о шайкахъ и др.[1]).

Въ 1887 г. была назначена комиссія подъ предсѣдательствомъ Ribot для полнаго пересмотра уголовнаго кодекса; комиссія пока не окончила своей работы, издавъ только проектъ общей части[2]).

Изъ многочисленныхъ изданій французскаго кодекса можно указать, какъ на наиболѣе распространенныя, на изданія Teulet, Tripier, Roger et Sorel, и въ особенности Rivière.

Французская литература обладаетъ классическими комментаріями уголовнаго кодекса, между которыми первое мѣсто занимаетъ комментарій A. Chauveau и F. Hélie Théorie du code pénal, 6 изд. 1887—1888 г., въ 6 томахъ, par Villey; въ немъ, кромѣ догматическаго изложенія дѣйствующаго права и судебной практики, находится превосходный критическій анализъ кодекса; нѣсколько изданій этого труда было сдѣлано въ Бельгіи пр. Нипельсомъ съ значительными дополненіями, 3-е изданіе 1859—1863 гг. въ 3-хъ томахъ; его же, Pratique criminelle des cours et tribunaux; A. Blanche, Etudes pratiques sur le code pénal, 7 томовъ 1861—1872 гг., 2-е изд. 1888 г., par Dutruc, съ весьма подробнымъ указаніемъ практики кассаціоннаго суда. Изъ болѣе краткихъ комментаріевъ, преимущественно заключающихся въ извлеченіи тезисовъ изъ практики кассаціоннаго суда, можно указать: Rolland de Villargues, Les codes criminels, 5-е изданіе съ дополненіями 1877 г., и въ особенности—Dalloz et Vergé, Code pénal annoté, 1881—1886. Изъ старыхъ Carnot, Commentaire sur le code pénal, 2 изд. 1836 г.; Rauter, Traité théorique et pratique de droit criminel français, 1836; Morin, Répertoire général et raisonné du droit criminel, 1851.

Но кромѣ общихъ уголовныхъ законовъ, включенныхъ въ code pénal, Франція, какъ и всѣ государства, кодифицировавшія свои законы, знаетъ рядъ спеціальныхъ законовъ, изъ которыхъ нѣкоторые восходятъ еще къ началу XVII столѣтія. Собраніе ихъ у Rolland de Villargues, Lois pénals specials, 1877; Rivière, Les codes français et lois usuelles, 1887; такое же изданіе сдѣлано Roger et Sorel, 1887. Сборникъ этихъ спеціальныхъ законовъ вошелъ въ VII томъ матеріаловъ для пересмотра нашего уголовнаго законодательства, вып. 1, 1883 года.

Огромнымъ подспорьемъ для изученія французскаго уголовнаго права является также практика кассаціоннаго суда, печатающаяся въ Bulletin des arrêts de la cour de cassation съ VIII года, а равно въ изданіи Dalloz, La jurisprudence générale, въ которомъ помѣщаются также рѣшенія судовъ 1-й и 2-й инстанціи и новыя узаконенія.

65. Какъ исторія нашего законодательства начинается уложеніемъ царя Алексѣя Михаиловича, такъ исторія уголовнаго права Германіи ведетъ свое развитіе отъ кодекса Карла V, такъ называемой Каролины[3]).

Родоначальникомъ Каролины былъ бамбергскій уголовный уставъ, Bamberger Halsgerichtsordnung 1507 (такъ называемая mater Carolinae), введенный въ 1516 г., съ небольшими измѣненіями, въ Бранденбургѣ[4]). Авторомъ обоихъ кодексовъ былъ Шварц-

---

1) См. перечень уголовныхъ законовъ 3-й республики у Normand, стр. 95.

2) Французскій кодексъ съ 1870 г. дѣйствуетъ также въ колоніяхъ.

3) Ср. обстоятельное изложеніе этого отдѣла у Bar, въ Handbuch, и у Liszt, § 5 и сл.

4) Спеціальныя сочиненія, посвященныя разъясненію по архивнымъ источникамъ происхожденія Каролины: C. Güterbock, Die Entstehungsgeschichte der Carolina, 1786 и Brunnenmeister, Die Quellen des Bambergensis, 1879; ср. также Malblanc, Geschichte der peinlichen Gerichtsordnung Karls V, 1783; Stintzing, Geschichte, стр. 612 и сл.; біографія Шварценберга, см. v. Wagner, Johann

ценбергъ (1463—1528), не юристъ по профессіи, но человѣкъ, обладавшій большимъ здравымъ умомъ, народный поэтъ, другъ гуманистовъ; задачею его трудовъ была ассимиляція уже усвоеннаго въ то время Германіею римскаго права и работъ итальянскихъ юристовъ съ народно-правовыми воззрѣніями.

Эти работы послужили матеріаломъ и для имперскаго законодательства, первый проектъ коего былъ составленъ по порученію Вормскаго рейхстага еще въ 1521 г., но только на Регенсбургскомъ сеймѣ 1532 г. много разъ переработанный проектъ сдѣлался закономъ, и съ тѣхъ поръ извѣстенъ, по имени императора Карла V, подъ названіемъ Каролины (Constitutio criminalis Carolina, сокращенно цитируется C. C. C., или Peinliches Gerichts-Ordnung, сокращенно P. G. O.).

Хотя во введеніи къ Каролинѣ было сказано (такъ называемый salvatorische Clausel), что она не отмѣняетъ законовъ и правъ отдѣльныхъ государствъ, но тѣмъ не менѣе она сдѣлалась основнымъ источникомъ общегерманскаго права и оставалась таковымъ до конца XVIII вѣка, въ теченіе двухъ съ половиною вѣковъ, развиваясь путемъ судебной практики и сепаратныхъ указовъ. Только съ конца XVIII столѣтія начинается второй періодъ германскаго законодательства, эпоха партикулярныхъ кодексовъ.

Первымъ изъ такихъ партикулярныхъ кодексовъ [1]) былъ баварскій 1751, codex juris bavarici criminalis, обработанный Крейтмайеромъ; затѣмъ слѣдовало прусское законодательство, allgemeines preussisches Landrecht, 1794, котораго уголовная часть была обработана Клейномъ. Но наибольшую извѣстность и вліяніе изъ всѣхъ этихъ кодексовъ получило баварское уложеніе 1813 г., первоначально подготовленное Клейншродомъ, а окончательно выработанное Фейербахомъ [2]). Позднѣйшіе партикулярные кодексы создавались подъ сильнымъ вліяніемъ французскаго права; такъ, въ особенности это вліяніе отразилось на прусскомъ уголовномъ уложеніи 1851 г. [3]) и баварскомъ 1861 года.

Вскорѣ послѣ образованія сѣверо-германскаго союза, а именно въ 1868 г. [4]), по предложенію депутатовъ Вагнера и Планка, германскій рейхстагъ обратился къ союзному канцлеру съ предложеніемъ подготовить проектъ союзнаго уголовнаго уложенія; предварительная подготовка проекта была поручена Фридбергу при содѣйствіи Rubo и Rüdorf. Въ 1869 г. проектъ былъ оконченъ и опубликованъ, причемъ онъ вызвалъ цѣлую литературу: всѣ выдающіеся нѣмецкіе теоретики криминалисты дали свои отзывы о проектѣ. Въ то же время была образована особая комиссія изъ 7 лицъ для разсмотрѣнія проекта и сдѣланныхъ на него замѣчаній; комиссія состояла преимущественно изъ практиковъ и притомъ прусскихъ [5]); изъ извѣстныхъ въ литературѣ не прусскихъ юристовъ тамъ былъ только д-ръ Шварце. Комиссія весьма скоро окончила свои работы и 14 Февраля 1870 г. проектъ уже былъ внесенъ въ рейхстагъ, гдѣ послѣ не особенно значительныхъ дебатовъ (главнымъ образомъ, по поводу смертной казни, которая при первомъ чтеніи была отвергнута 118 голосами противъ 81), былъ уже опубликованъ 8 Іюня 1870 г. и вступилъ въ силу съ 1 Января

---

v. Schwarzenberg, 1894; E. Hermann, Johann Freiherr v. Schwarzenberg, 1851. Лучшее изданіе Каролины сдѣлано пр. Zoepfl, Die peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karl V, 3-е изд. 1883 г. Послѣднее изданіе для учащихся проф. Kohler и Schal 1900 г.

1) Ср. Berner, Die Strafgesetzgebung in Deutschland von 1751 bis zur Gegenwart, 1867; Stenglein, Sammlung der deutschen Strafgesetzbücher, 1858; Binding, Die gemeinen deutschen Strafgesetzbücher, 2 изд. 1877 г.

2) Офиціальный комментарій къ кодексу v. Hönner, въ 3-хъ частяхъ 1813 г.

3) По выраженію извѣстнаго прусскаго юриста Коха, прусскій кодексъ 1851 г. былъ вторымъ изданіемъ code pénal.

4) Подробное изложеніе исторіи германскаго кодекса и его структуры у Binding'а въ Handbuch, § 7; H. Meyer, § 12; Liszt § 10. Seuffert на послѣднемъ съѣздѣ нѣмецкихъ членовъ союза криминалистовъ 1900 г. (Mittheilungen IX, 1), указывая, какъ на общее мнѣніе криминалистовъ, на скоропалость и малоцѣнность германскаго кодекса, прибавляетъ, что и теперь еще Германія не пригодна къ обработкѣ новаго кодекса, какъ по политическимъ причинамъ, такъ и по невыработкѣ законодательной техники.

5) Этимъ объясняется сильное вліяніе на германское уложеніе прусскаго кодекса, а черезъ него и code pénal.

1871 г., а затѣмъ, въ виду образованія Германской имперіи, въ теченіе 1871 и 1872 гг., сдѣлался уголовнымъ кодексомъ для всей Германской имперіи.

Въ 1876 г. новеллою 26 Февраля кодексъ былъ значительно дополненъ и измѣненъ, такъ что съ 20 Марта этого года дѣйствуетъ въ Германіи кодексъ изданія 1876 г. Изъ позднѣйшихъ дополненій уголовнаго кодекса нельзя не указать на законы о банкротствѣ 1877 г., о ростовщичествѣ 1880 и 1893 годовъ, о давности 1893 г., объ открытіи военныхъ тайнъ, 1893 г. и др.

Изданій германскаго кодекса масса; лучшимъ считается изданіе Rüdorf'a 1894 г. (17-е изданіе), а изъ значительнаго числа комментаріевъ—Olshausen'a, пятое изданіе 1897 г.; Oppenhof'a, четырнадцатое изданіе 1901; Schwarze, пятое изданіе 1884 года; Rüdorf, четвертое изданіе 1892 г.

Кромѣ того, въ Германіи, рядомъ съ уголовнымъ кодексомъ, дѣйствуетъ значительное число спеціальныхъ уголовныхъ законовъ, вышедшихъ частью до изданія кодекса, частью послѣ него; перечень этихъ законовъ можно найти въ учебникѣ Листа и въ руководствѣ Биндинга, а собраніе у Hellweg und Arndt, Die deutsche Strafgesetzgebung, 1883 г.; Stenglein, Die strafrechtlichen Nebengesetze des deutschen Reichs, 2 изд. 1895 г. Сборникъ этихъ спеціальныхъ законовъ вошелъ также въ VII томъ матеріаловъ для пересмотра нашего уголовнаго законодательства, вып. 2, 1884 года.

Огромное пособіе для изученія германскаго уголовнаго права составляютъ рѣшенія Reichsgericht'a въ Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, съ 1881 г. издаваемыхъ членами Reichsgericht'a [1]).

66. Каролина послужила, частью непосредственно, частью посредственно, источникомъ уголовнаго права для Австріи. Отпаденіе отъ общегерманскаго права начинается въ Австріи только съ конца XVIII столѣтія. Первымъ партикулярнымъ памятникомъ является уголовный кодексъ Маріи Терезіи 1768 г., извѣстный подъ именемъ Терезіаны [2]), весь, впрочемъ, построенный на отжившихъ уже принципахъ, съ изобиліемъ квалифицированной смертной казни въ видѣ вырѣзыванія ремней, отрѣзанія грудей, какъ придатковъ смерти, съ подробными постановленіями о ересяхъ и колдовствѣ, даже съ литографированными изображеніями пытокъ всѣхъ родовъ и видовъ. Кодексъ былъ недолговѣченъ, и уже въ 1787 г. его смѣнилъ кодексъ Іосифа II (Josephina), воспроизводившій принципы эпохи просвѣщенія съ значительнымъ ограниченіемъ объема примѣненія смертной казни; кодексъ Іосифа смѣнило новое уложеніе 1803 г., которое, нѣсколько измѣненное въ 1852 г., дѣйствуетъ и донынѣ. Послѣ того въ Австріи является безконечный рядъ проектовъ, [3]), многократно безъ результата обсуждавшихся въ палатѣ депутатовъ, благодаря, несомнѣнно, стремленію составителей послѣднихъ (начиная съ Глазера) проектовъ стоять исключительно на почвѣ германскаго уложенія. Ср. Rulf, предисловіе къ учебнику Янка. Въ 1897 г. поручено выработать новый проектъ вѣнскимъ профессорамъ Ламмашу и Штоосу.

Изъ комментаріевъ можно указать E. Herbst, Handbuch des allgemeinen österreichischen Strafrechtes, I т., 7 изд. 1882 г. и II томъ, 5-е изд.. 1880 года.

Въ 1881 г. австрійское уложеніе съ небольшими измѣненіями вступило въ дѣйствіе въ Босніи и Герцеговинѣ.

Въ 1879 г. Derencin составилъ проектъ для Кроаціи, который опубликованъ съ переводомъ на нѣмецкій языкъ [4]), но онъ не получилъ силы и тамъ дѣйствуетъ еще кодексъ 1852 года.

---

[1]) Ср. также изданія практики высшихъ нѣмецкихъ судовъ до 1879 г.—Die deutsche Strafrechtspraxis I т. 1877 г. von Petzold, II т., 1880 von Zimmerle. Для новой практики Apt, Die grundlegenden Entscheidungen des deutschen Reichsgerichts auf dem Gebiete des Strafrechts 1892 г. и въ особенности систематически обработанную практику Reichsgericht'a у M. Stenglein, Lexicon des deutschen Strafrechts nach den Entscheidungen des Reichsgerichts zum Strafgesetzbuche 1899—1900 гг.

[2]) Harras von Harrasowsky, der Codex Theresianus, 1881 и сл.: Maasburg, Zur Entstehungsgeschichte der Theresiana, Halsgerichtsordnung, 1880 г.: Rulf, Joseph II, als Reformator des Strafrechts, 1882 г. Ср. исторію австрійскаго уголовнаго права у Finger, § 8.

[3]) 1867, 1870, 1874 гг. (Глазера), 1881, 1889, 1891, 1893 гг.

[4]) Ср. Tauffer, Gesammelte Wohlmeinungen über den croatischen Strafgesetzentwurf, 1882 г.

Въ Венгріи съ 1853 по 1861 гг. дѣйствовалъ австрійскій кодексъ, но затѣмъ вступили въ силу старые венгерскіе законы. Въ 1870 г. была образована комиссія для составленія новаго уложенія и къ 1874 г. Карломъ Csemegi былъ составленъ проектъ, который въ 1878 и 1879 гг. разсмотрѣнъ и принятъ палатами, въ видѣ двухъ кодексовъ: одинъ о преступленіяхъ и другой о полицейскихъ нарушеніяхъ; оба они вступили въ силу съ 1 Января 1880 года. Кромѣ офиціальнаго перевода на нѣмецкій языкъ, прекрасный переводъ обоихъ кодексовъ на французскій языкъ, съ разъяснительными примѣчаніями, сдѣланъ въ 1885 г. Мартине и Деренсиномъ [1]).

Въ Румыніи дѣйствуетъ кодексъ 1864 г., переработанный по французскому образцу въ 1874 году.

Въ Сербіи дѣйствуетъ кодексъ 1860 г., въ основаніе коего положенъ прусскій кодексъ 1851 года.

Въ Болгаріи до ея освобожденія дѣйствовало турецкое законодательство; въ 1896 г. было утверждено новое уложеніе, вступившее въ силу съ 1 Мая 1896 года.

Въ Черногоріи дѣйствовалъ до 1855 г. Законникъ Владыки Петра, а въ 1855 г. Данило I-й издалъ новый кодексъ (95 статей).

Въ Турціи—для лицъ, которыя подсудны мѣстнымъ судамъ, дѣйствуетъ кодексъ 1858 г., дополненный въ 1880 г.; построенъ по образцу code pénal, а нѣкоторыя статьи представляютъ даже его буквальный переводъ [2]). Равнымъ образомъ, основанъ на французскомъ уложеніи и кодексъ 1883 г., дѣйствующій въ Египтѣ.

Въ Греціи дѣйствуетъ кодексъ 1834 г., написанный на нѣмецкомъ языкѣ Мауреромъ и составляющій переработку баварскаго уложенія 1813 г.; кодексъ пересмотрѣнъ въ 1864 году.

Кодексы Италіи до ихъ объединенія находились подъ сильнымъ вліяніемъ французскаго законодательства, въ особенности кодексъ сардинскій 1859 г. и тосканскій 1853 г., смѣнившій извѣстный кодексъ Леопольда 1786 г. [3]). Съ объединенія Италіи начались съ 1862 г. работы надъ составленіемъ кодекса, окончившіяся въ министерство Zanardelli въ 1887 г.; представленный имъ проектъ былъ принятъ палатами, утвержденъ въ 1889 г. и вступилъ въ силу съ 1 Января 1890 года [4]).

Въ Монтекарло дѣйствуетъ кодексъ 1874 г., составляющій незначительную передѣлку французскаго уложенія.

Въ Швейцаріи до послѣдняго времени не существовало общаго уголовнаго законодательства (если не считать преходящаго республиканскаго кодекса 1798 г.). Каждый кантонъ имѣлъ свое самостоятельное законодательство, на французскомъ, нѣмецкомъ и итальянскомъ языкахъ, причемъ нѣкоторые не имѣли даже писаннаго кодифицированнаго права (Ури, Унтервальденъ, Аппенцеллеръ). Изъ болѣе новыхъ кодексовъ можно указать на Бернскій, 1866 г.; Цюрихскій, 1871 г.; Женевскій, 1874 г.; Швица, 1874 г.; Золотурна, 1885 г. Въ 1887 г. союзный совѣтъ поручилъ проф. Stoos выработать проектъ уголовнаго уложенія для всей Швейцаріи, который въ 1893 г. былъ подвергнутъ разсмотрѣнію въ особой комиссіи, которая въ 1896 г. публиковала ею пересмотрѣнный проектъ, но онъ не получилъ еще практическаго осуществленія [5]).

---

[1]) Изложеніе главныхъ основаній кодекса у S. Mayer, Das ungarische Strafgesetzbuch, 1878 г.

[2]) Ср. замѣтку S. Meyer въ G. 1887 г. № 1 стр. 67.

[3]) Но исторіи уголовнаго права въ Италіи—Pessina, Dei progressi del diritto penale, 1868 г. Ср. также Swinderer, стр. 111 и сл. Во время Наполеона I-го во всей почти Италіи дѣйствовалъ code pénal.

[4]) Кодексъ переведенъ на французскій языкъ въ 1890 г.: Lacointa, Sarraute и Turrel; на нѣмецкій—Стефаномъ (съ обстоятельными примѣчаніями); на русскій языкъ, для редакціонной комиссіи, переведенъ С. М. Латышевымъ. Кодексъ вызвалъ много комментаріевъ, особенно подробный—Crivellari 1889—1891 гг.

[5]) Temme, Lehrbuch des Schweizerischen Strafrechts, 1855 г.; Osenbrüggen, Beiträge zur Strafrechtsgeschichte der Schweiz, 1859 г. Pfenninger, Das Strafrecht der Schweiz, 1890 г.; Stoos, Die Schweizerischen Strafgesetzbücher, 1890 г.; его же, Grundzüge des Schweizerischen Strafrechts, 1892 г.

Французское уложеніе положено въ основу испанскаго кодекса 1863 г., переработаннаго въ 1870 г. Съ 1880 г. начались вновь работы по составленію кодекса, но до сихъ поръ неокончены. Въ колоніяхъ испанскихъ дѣйствуютъ особые кодексы—для Кубы и Порторико 1879 года [1]).

Въ Португаліи кодексъ, дѣйствовавшій съ 1852 г., съ дополненіями 1867 г., переработанъ въ 1886 году.

Въ Швеціи долгое время дѣйствовало уголовное уложеніе 1734 г. (въ силѣ съ 1736 г.), замѣненное уголовнымъ уложеніемъ 1864 г., измѣненнымъ законами 1887 и 1890 гг. [2]).

Въ Норвегіи уголовные законы были кодифицированы еще въ 1842 г., измѣнены въ 1874, 1889 и 1890 гг. Этотъ кодексъ дѣйствуетъ понынѣ, такъ какъ выработанный въ 1887 г. новый проектъ уголовнаго уложенія не получилъ еще силы [3]).

Въ Даніи уголовный кодексъ Христіана V, 1683 г., дѣйствовавшій съ добавленіями и пополненіями болѣе 1½ столѣтія, былъ замѣненъ уложеніемъ 1866 г., а въ Исландіи—1869 года [4]).

Въ 1811 г. въ Голландіи, присоединенной тогда къ Франціи, былъ введенъ кодексъ французскій и оставался дѣйствующимъ тамъ до новѣйшаго времени [5]). Съ 1839 г. начались попытки реформировать уголовный кодексъ, но попытки остались безплодными. Въ 1870 г. была образована особая комиссія изъ 6 членовъ, практиковъ и профессоровъ (Wal, Pols, Modderman), подъ предсѣдательствомъ бывшаго лейденскаго профессора Валя, для выработки новаго проекта; въ 1875 г. проектъ былъ оконченъ и публикованъ; затѣмъ, послѣ значительныхъ измѣненій, былъ внесенъ въ палаты; въ 1880 и 1881 гг. былъ разсмотрѣнъ въ палатахъ и 3 Марта 1881 г. получилъ утвержденіе, но въ силу вступилъ, дополненный новеллою 15 Января 1886 г., только 1 Сентября 1886 года. Кодексъ этотъ, по тщательной обработкѣ, а въ особенности по простотѣ своей карательной системы, занимаетъ несомнѣнно выдающееся мѣсто между новѣйшими законодательными работами по уголовному праву.

Кодексъ переведенъ на русскій языкъ В. Лицкимъ въ 1881 г.; на нѣмецкій пр. Листомъ въ 1881 г. и на французскій Wintgens'омъ въ 1883 году.

Изъ комментаріевъ новаго кодекса:

Smidt, Geschiedenis van het Wetboek von Strafrecht, 1881—1889 гг., 5 т.; Swinderer, Esquisse du droit pénal actuel dans les Pays-Bas et á l'Etranger, 3 т. 1891—1896 г.; van Hamel, Inlidning tat de Studie van het Niderlandische Strafrecht, 1889—1895 гг.

Кодексъ французскій былъ введенъ съ 1810 г. въ Бельгіи, составлявшей тогда часть французской имперіи, и сохранилъ тамъ свою силу и послѣ отдѣленія Бельгіи, хотя попытки пересмотра кодекса начались довольно давно. Въ 1848 г. была составлена комиссія для пересмотра уголовнаго уложенія; комиссія поручила выработку первоначальнаго проекта извѣстному бельгійскому криминалисту пр. Haus, и общая часть проекта уже въ 1849 г. была представлена въ палату, но разсмотрѣніе его съ значительными перерывами въ палатѣ продолжалось очень долго, такъ что только въ 1867 г. былъ изданъ новый кодексъ, покоющійся, впрочемъ, на тѣхъ же основаніяхъ, какъ и кодексъ французскій.

Ср. подробный обзоръ развитія уголовнаго законодательства Швейцаріи и новаго проекта Штоса въ статьѣ Пржевальскаго—Обзоръ уголовнаго законодательства Швейцаріи, въ сборникѣ правовѣдѣнія т. IV, стр. 15 и 124.

1) Laget, Théorie du code pénal espagnol, 1881 г. Подробныя историческія указанія объ испанскомъ законодательствѣ у Kirchenheim, Der spanische Strafgesetzentwurf, G. 1886 г. стр. 417 и сл.; обстоятельный очеркъ Rosenfeldt'a въ изданіи Листа.

2) Hagsströmer въ L. Z., 1882 г. стр. 565 и сл.

3) Getz въ L. Z. 1884 г. стр. 292, Гогель, Проектъ норвежскаго уголовнаго уложенія, въ ж. м. ю. 1899 г. № 2.

4) Goos въ L. Z. 1882 г.

5) Swinderer, стр. 22 и сл.; Brusa, L. Z. 1881 г.

Всѣ матеріалы, относящіеся до бельгійскаго уложенія, т. е. мотивы и пренія въ палатахъ, напечатаны у Nypels, Législation criminelle de la Belgique, 3 тома 1872 г.; въ дальнѣйшихъ выпускахъ этого изданія помѣщены матеріалы для позднѣйшихъ бельгійскихъ узаконеній по уголовному праву.

Бельгійскіе спеціальные законы собраны у Гофмана, Répertoire alphabétique des lois et règlements particuliers en matière pénale, 1871 года.

Изъ комментаріевъ можно указать:

Beeltjens, Code pénal belge annoté, 1882.

Limelette, Code pénal belge appliqué, 1878—1881.

Nypels, Le code pénal belge interprété, 1884.

Въ великомъ герцогствѣ Люксембургскомъ дѣйствуетъ кодексъ 1879 г., основанный вполнѣ на бельгійскомъ уложеніи.

Англія до сихъ поръ не имѣетъ кодекса. Тамъ дѣйствуютъ: общее право (common law), судебныя рѣшенія и статутное право. Особенное значеніе для уголовнаго права имѣютъ новѣйшіе консолидированные статуты, какъ, напр., статутъ 1861 г., совершенно измѣнившій законодательныя постановленія о цѣломъ рядѣ преступныхъ дѣяній. Послѣ введенія въ Индіи полнаго уголовнаго кодекса въ 1860 г., составленнаго Стифеномъ, являются попытки такой кодификаціи и въ Англіи, и въ 1878—1879 гг. проектъ новаго кодекса былъ составленъ для Англіи Фицъ-Джемсъ-Стифеномъ, внесенъ въ парламентъ, переданъ на разсмотрѣніе въ особую комиссію, но остался безъ дальнѣйшаго движенія [1]). Особые кодексы существуютъ также для отдѣльныхъ частей Австраліи 1876, 1883 г. и 1885 и Новой Зеландіи 1886 гг.

Сѣверо-Американскіе Соединенные Штаты не имѣютъ общаго кодекса, а каждый штатъ имѣетъ самостоятельное законодательство; изъ новѣйшихъ кодексовъ нужно указать на кодексъ 1881 г. для Нью-Іорка [2]).

Въ Японіи дѣйствуетъ, обработанный по французскому образцу, кодексъ 1880 г.; въ силу вступилъ съ 1882 г. Теперь изготовленъ новый проектъ на основаніи германскаго уложенія.

§ 8. Границы дѣйствія уголовнаго закона во времени.

67. Закономъ дѣйствующимъ долженъ быть почитаемъ законъ, вступившій въ силу вслѣдствіе его обнародованія или вслѣдствіе наступленія особо указаннаго для сего срока и неотмѣненный новымъ закономъ; но установленіемъ этихъ признаковъ еще не разрѣшается вопросъ о томъ, по отношенію къ какимъ именно юридическимъ отношеніямъ, дѣйствіямъ или событіямъ воспріемлетъ силу законъ въ моментъ вступленія въ дѣйствіе или утрачиваетъ силу въ моментъ прекращенія дѣйствія, или, формулируя иначе, какія отношенія, дѣйствія или событія нормируются закономъ, съ момента вступленія его въ дѣйствіе, и какія продолжаютъ оставаться подъ господствомъ закона прежняго?

---

[1]) Для ознакомленія съ англійскимъ правомъ: Henry Stephen, Handbuch des englischen Strafrechts, пер. Mühry, 1843 г.; Джемсъ Стифенъ, Уголовное право Англіи въ краткомъ очертаніи, пер. Спасовича, 1865 г.; о новомъ проектѣ, см. мою статью въ ж. г. у. пр. за 1881 г.; также статью самого Стифена, въ L. Z. 1881 г., Ueber den gegenwärtigen Zustand des englischen Strafrechts und die Pläne zu dessen Kodification, и подробный обзоръ въ изданіи Листа.

[2]) Переводъ кодекса помѣщенъ въ L. Z. за 1884 г.; тамъ же статья Bloekermiller о любопытной исторіи этого кодекса; любопытный обзоръ другихъ законодательствъ внѣевропейскихъ странъ у Liszt во II-мъ томѣ, а также H. Mayer, § 11.

*

Какъ можно видѣть изъ самой двойственной формулировки вопроса, отвѣтъ на него можетъ быть построенъ по двумъ основаніямъ: можно принять за отправную точку или нормирующій законъ, или нормируемое юридическое отношеніе. Оба построенія приводятъ къ выводамъ, различнымъ какъ въ формулировкѣ, такъ и въ практическомъ ихъ значеніи: въ одномъ ставится на первый планъ политическая сторона вопроса, а въ другомъ—юридическая.

Формулировку перваго рода принимаетъ статья 60 законовъ основныхъ, говоря: законъ дѣйствуетъ токмо на будущее время; никакой законъ не имѣетъ обратнаго дѣйствія и сила его не распространяется на дѣянія, совершившіяся прежде его обнародованія. Историческія основанія этой формулы восходятъ къ эпохѣ Екатерины II, а именно къ уставу благочинія 1782 г. и къ указаніямъ о порядкѣ примѣненія къ дворянскимъ выборамъ постановленій дворянской грамоты 1785 г. (указъ 18 Дек. 1785 г.); затѣмъ это положеніе было неоднократно подтверждаемо въ царствованіе Императора Александра I, въ особенности относительно непримѣненія новыхъ наказаній къ дѣяніямъ, совершеннымъ до изданія новаго закона [1]). Изъ этихъ отдѣльныхъ постановленій сложилась приведенная выше общая формула законовъ основныхъ.

При разсмотрѣніи этого положенія не трудно видѣть, что въ немъ заключаются два положенія: 1) что всѣ юридическія отношенія, дѣйствія и событія, возникшія или установившіяся до момента вступленія новаго закона въ силу, имъ не могутъ быть нормированы, а подлежатъ дѣйствію прежнихъ законовъ; и 2) что всѣ юридическія отношенія, дѣйствія и событія, имѣющія возникнуть или установиться послѣ вступленія закона въ силу, нормируются имъ и только имъ.

Подобная формулировка давно уже установилась въ законодательствѣ, начиная еще съ римскаго, а въ нѣкоторыхъ иностранныхъ кодексахъ, какъ, напр., во французскомъ [2]), выражена даже съ еще большею категоричностью.

За основу такого положенія принимаются два соображенія: гарантія правъ личности и идея общественнаго порядка. Если законъ юридическій есть мѣра личной свободы, если онъ опредѣляетъ основанія и условія, по коимъ пріобрѣтаются или утрачиваются права, устанавливаются предѣлы дозволеннаго и недозволеннаго, дается руководство гражданамъ въ ихъ отношеніяхъ другъ къ другу, то, конечно, такое значеніе можетъ имѣть только законъ, уже имѣвшій обязательную силу въ моментъ учиненія дѣйствія или возникновенія отношенія; съ другой стороны, если законъ является необходимымъ условіемъ установленія и поддержанія порядка въ обществѣ, то несомнѣнно, что онъ утратитъ все свое значеніе, какъ скоро отъ воли и усмо-

---

[1]) Подробныя указанія историческихъ основъ ст. 60 и 61 зак. основн. и вообще разборъ этого вопроса по нашему праву и съ точки зрѣнія теоріи, въ статьѣ А. Градовскаго, О дѣйствіи закона во времени, въ ж. г. у. пр. 1873 г., № 4, а также въ его Началахъ, § 82 и сл., хотя нельзя не замѣтить, что точка зрѣнія автора публицистическая, а не юридическая, а потому и освѣщеніе и толкованіе, даваемыя имъ, напр., закону 23 Марта 1846 г., не вѣрны. Подробная общая литература по вопросу о такъ называемой обратной силѣ закона у К. Малышева, Курсъ, § 21, пр. 1.

[2]) Code civil, art. 2: «la loi ne dispose que pour l'avenir; elle n'a point d'effet rétroactif». Vereilles-Sommières, Une théorie nouvelle sur la rétroactivité des lois. 1893.

трѣнія законодателя будетъ зависѣть передѣлка и измѣненіе всѣхъ существующихъ правоотношеній путемъ примѣненія къ нимъ новыхъ законовъ.

Но какъ ни вѣски и ни цѣнны только что приведенныя соображенія, тѣмъ не менѣе въ каждомъ юристѣ эта общая формула статьи 60, если руководствоваться ею буквально, можетъ возбудить сомнѣнія въ двоякомъ отношеніи.

Существуютъ законы, которые сами по себѣ вовсе не служатъ мѣрою личной свободы, а которые, напр., только упорядочиваютъ государственную и общественную жизнь, разграничиваютъ функціи органовъ управленія, опредѣляютъ ихъ устройство и т. д.; можно ли и по отношенію ко всѣмъ этимъ законамъ руководствоваться первою частью формулы ст. 60 и говорить, что они не имѣютъ такъ называемаго обратнаго дѣйствія? При этомъ не надо забывать, что такого рода законы встрѣчаются не только въ области права публичнаго, но и въ области права частнаго. Съ другой стороны, мы также знаемъ, что въ государствѣ, столь разнообразномъ по юридическимъ условіямъ жизни, какъ Россія, весьма нерѣдко крупныя реформы вводятся не одновременно повсюду и даже не разомъ въ одной и той же мѣстности, такъ что и вторая часть формулы, что только одинъ новый законъ находитъ примѣненіе послѣ его вступленія въ силу, оказывается далеко не безусловною: рядомъ съ новыми законами живутъ, и иногда живутъ весьма долго и упорно, законы старые.

Отношенія, дѣйствія или событія, возникшія или установившіяся до вступленія новаго закона, конечно, сами по себѣ, какъ нѣчто бывшее, прошедшее, не могутъ стать въ какое либо отношеніе къ новому закону; когда мы говоримъ о возможности его примѣненія къ прошлымъ дѣйствіямъ и событіямъ, то мы имѣемъ въ виду тѣ ихъ юридическія послѣдствія, то ихъ внѣшнее выраженіе, которыя существуютъ и проявляются въ моментъ дѣйствія новаго закона. Съ точки зрѣнія юридической необходимо различать тѣ послѣдствія, которыя присущи самому дѣянію, не отдѣлимы отъ него, и такія, которыя имѣютъ самостоятельное юридическое бытіе, повторяются, даже видоизмѣняются, и подходятъ въ свою очередь подъ понятіе самостоятельныхъ юридическихъ дѣйствій; можемъ ли мы, по отношенію ко всѣмъ этимъ послѣдствіямъ, одинаково буквально проводить принципъ: законъ обратной силы не имѣетъ? Въ дѣйствительности мы видимъ, что даже и въ правѣ гражданскомъ встрѣчаются въ этомъ отношеніи необходимыя и естественныя отступленія: если законъ, положимъ, перенесетъ брачное совершеннолѣтіе съ 18 лѣтъ на 21 годъ, то, съ момента вступленія въ силу новаго закона, всѣ лица, хотя и достигшія уже, напр., 19 лѣтъ, не могутъ, однако, вступать въ бракъ. Достиженіе даннымъ лицомъ 18 лѣтъ, т. е. прежняго срока брачнаго совершеннолѣтія, есть событіе, предшествовавшее новому закону, но, тѣмъ не менѣе, этотъ законъ, нормируя послѣдствія, могущія возникнуть или возникающія изъ таковаго событія, послѣ вступленія своего въ силу, распространяется и на нихъ. Еще болѣе можно подыскать подобныхъ примѣровъ въ области правъ публичныхъ: если законодатель нашелъ необходимымъ воспретить публичное выставленіе оскорбляющихъ чувство стыдливости картинъ, то долженъ ли онъ сдѣлать исключеніе и оставить нетронутыми картины, вы-

ставленныя ранѣе обнародованія этого закона; если, въ интересахъ народнаго здравія, законъ воспретилъ устройство примитивныхъ выгребныхъ ямъ среди дворовъ, то можетъ ли это требованіе примѣняться только ко вновь устраиваемымъ ямамъ, оставляя на вѣки вѣчные прежнія клоаки заразы неприкосновенными, и т. д.

Наконецъ, при политической точкѣ зрѣнія, естественно является вопросъ: если законъ есть проявленіе авторитетной воли, то почему эта авторитетная и, въ смыслѣ юридическомъ, неограниченная воля не можетъ придать закону обратной силы? Отрицаніе обратной силы закона, или, правильнѣе говоря, признаніе безсилія закона по отношенію къ прошлому, этою теоріею ставится, какъ политическій принципъ, а потому имѣетъ своимъ основаніемъ только реальное соотношеніе общественныхъ и государственныхъ силъ. Оттого мы и видимъ, что при извѣстномъ строѣ государственной жизни, когда цѣлое поглощаетъ частное, государство преобладаетъ надъ личностью, на ряду съ принципомъ о неимѣніи закономъ обратной силы являются такія исключенія, которыя въ корень расшатываютъ самый принципъ: не затруднялись же римляне въ эпоху quaestiones perpetuae, установляя по поводу какого либо преступнаго дѣянія уголовный законъ, примѣнять этотъ законъ къ вызвавшему его событію [1]).

Любопытнымъ подтвержденіемъ высказаннаго являются постановленія нашихъ основныхъ законовъ. Рядомъ съ правиломъ, установленнымъ въ ст. 60, стоятъ исключенія, указанныя въ ст. 61: «изъ сего общаго правила, говоритъ эта статья, изъемлются слѣдующіе случаи: 1) когда въ законѣ именно сказано, что онъ есть токмо подтвержденіе и изъясненіе смысла закона прежняго, и 2) когда въ самомъ законѣ постановлено, что сила его распространяется и на времена, предшествовавшія его обнародованію».

Первое изъ этихъ исключеній, конечно, могло бы быть объяснено въ смыслѣ аутентическаго или легальнаго толкованія; тогда это изъятіе не было бы исключеніемъ изъ общаго правила, такъ какъ, разъясняя то, что содержится въ существующемъ законѣ, законодатель не создаетъ новаго закона, но, во-1-хъ, толкованіе или изъясненіе закона, по смыслу нашихъ же основныхъ законовъ, не есть законъ, а въ ст. 61 говорится о законѣ; во-2-хъ, въ ст. 61 говорится не о тѣхъ случаяхъ, когда законъ есть разъясненіе смысла предшествующаго закона, а прямо сказано, когда въ законѣ «*именно сказано*», что онъ есть подтвержденіе или разъясненіе прежняго; такимъ образомъ, стоитъ только законодателю заявить въ новомъ законѣ, что этотъ законъ является въ подтвержденіе предшествующаго закона, чтобы положеніе ст. 60 сдѣлалось мертвою буквою. Еще проще въ этомъ отношеніи второе исключеніе, которое всегда и безусловно предоставляетъ законодателю право придавать всякому закону обратную силу. Правда, что всѣ эти исключенія въ сводѣ, а въ особенности второе изъ нихъ, выведены изъ несоотвѣтственнаго историческаго матеріала; но во всякомъ случаѣ несомнѣнно, что, со внесе-

---

[1]) Geib, I, стр. 34. Этимъ путемъ развивалось все римское уголовное законодательство даннаго періода. Vareilles-Sommières, № 13.

ніемъ ихъ въ сводъ законовъ 1832 г., они пріобрѣли силу закона и сдѣлали, такимъ образомъ, совершенно призрачнымъ постановленіе статьи 60.

68. Несравненно проще, по моему мнѣнію, ставится этотъ вопросъ при второй точкѣ зрѣнія, когда онъ переносится съ почвы политической на юридическую.

Всякое отношеніе, дѣйствіе и событіе получаютъ свою юридическую окраску соотвѣтственно съ закономъ, дѣйствующимъ въ моментъ ихъ учиненія; этотъ законъ опредѣляетъ свойство, структуру и значеніе каждаго юридическаго факта. Поэтому вступленіе новаго закона въ дѣйствіе имѣетъ двоякое съ этой стороны значеніе: во-1-хъ, всѣ отношенія, дѣйствія, событія, *возникающія послѣ* вступленія закона въ силу, опредѣляются соотвѣтственно съ новымъ закономъ, если въ немъ или въ одновременно съ нимъ вышедшемъ велѣніи законодательной власти не будетъ допущено исключенія въ пользу прежнихъ законовъ: законодатель можетъ постановить, не нарушая основаній юридической логики, что извѣстная группа юридическихъ отношеній продолжаетъ нормироваться прежнимъ закономъ, что по отношенію къ нимъ граждане соблюдаютъ, а судьи примѣняютъ старый законъ, причемъ объемъ такого изъятія въ пользу отживающаго права можетъ быть весьма разнообразенъ: по числу случаевъ, по мѣсту, по процессуальному положенію юридическаго отношенія, къ которому это изъятіе относится и т. п. Во-2-хъ, всѣ отношенія, дѣйствія и событія, *уже совершившіяся* до вступленія новаго закона въ силу, не подлежатъ дѣйствію этого закона, какъ таковыя; но онъ очень часто и весьма разнообразно можетъ измѣнить положеніе существующаго факта въ юридическомъ оборотѣ, измѣнить его отношенія къ другимъ институтамъ, условія его проявленія въ юридической жизни, насколько, конечно, всѣ эти проявленія существующаго факта будутъ имѣть мѣсто послѣ вступленія закона въ силу. Поэтому выраженіе, что новый законъ безсиленъ относительно фактовъ прошлаго, весьма не точно: все зависитъ отъ тѣхъ отношеній, въ которыя ставится законъ къ этимъ фактамъ, и, слѣдовательно, отъ содержанія и характера закона. Если законъ измѣняетъ условія судебнаго констатированія права, порядокъ его разсмотрѣнія на судѣ, то несомнѣнно, что этотъ законъ будетъ примѣненъ и къ правамъ или искамъ, возникшимъ въ давнопрошедшее время; если право пріобрѣтено или возникло ранѣе, но пользованіе имъ или осуществленіе его наступаетъ при дѣйствіи новаго закона, измѣнившаго условія или даже прекратившаго пользованіе этимъ правомъ, то онъ несомнѣнно будетъ примѣненъ и къ проявленію правъ, издавна пріобрѣтенныхъ: законъ, лишающій, положимъ, особъ IV класса права пріѣзда ко двору, распространится и на всѣхъ особъ, многолѣтно пользовавшихся этимъ правомъ, если въ законѣ не будетъ сдѣлано по этому предмету особаго изъятія. Во всѣхъ этихъ случаяхъ, какъ и въ предшествующей группѣ, законодатель можетъ сохранить за отживающими законами въ большемъ или меньшемъ объемѣ силу и на будущее время, но только въ силу особеннаго о томъ указанія законодательной власти [1]).

---

[1]) Ср. любопытныя указанія по гражданскому праву у Vareilles-Sommières, № 3 и сл.

При такой постановкѣ вопроса, казалось бы, только и можетъ получить надлежащее значеніе коренной юридическій принципъ: что всякое юридическое отношеніе, дѣйствіе или событіе нормируется въ своемъ возникновеніи, установленіи, осуществленіи или признаніи только дѣйствующимъ закономъ.

Законодательное выраженіе этого начала должно тогда занять мѣсто не въ законахъ основныхъ, а, въ виду зависимости значенія этой формулы отъ свойства нормируемаго имъ отношенія, въ отдѣльныхъ группахъ законовъ; подробное же его выясненіе должно быть предоставлено судейской дѣятельности, направленной къ примѣненію закона, при интерпретаціи каждаго отдѣльнаго закона, по его природѣ и по его отношенію къ данной группѣ юридическихъ фактовъ. Точно также и научное изслѣдованіе примѣненія этого положенія къ отдѣльнымъ родамъ и видамъ правоотношеній должно получить соотвѣтственное мѣсто въ курсахъ и учебникахъ государственнаго, гражданскаго, уголовнаго и др. правъ.

69. Въ примѣненіи къ области преступныхъ дѣяній, правильность такой постановки вопроса получаетъ прежде всего наглядное подтвержденіе въ законахъ процессуальныхъ [1]). Можетъ ли имѣть законъ процессуальный обратную силу? Утвердительный отвѣтъ даютъ даже писатели, отрицающіе возможность обратной силы закона. Какъ говоритъ Берто: «при опредѣленіи значенія новыхъ процессуальныхъ законовъ, нужно имѣть въ виду два предположенія: обвиняемые и подсудимые или невиновны или виновны; въ первомъ случаѣ новый законъ, какъ предполагается, предоставляетъ невинности всѣ гарантіи, въ которыхъ она нуждается для своего торжества, такъ какъ безъ такого предположенія новый законъ былъ бы несправедливъ и по отношенію къ дѣяніямъ, совершеннымъ послѣ его обнародованія; въ случаѣ же ихъ виновности, нельзя допустить, чтобы преступность могла имѣть по отношенію къ обществу какія либо права, основывающіяся на неудовлетворительномъ законѣ, дающемъ имъ возможность избѣгнуть возмездія...» Если, говоритъ Норманъ, члены общества имѣютъ право разсчитывать на правосудное къ нимъ отношеніе, если за ними можно признать пріобрѣтенное право на неотягощеніе ихъ участи по отношенію къ наказуемости, они не могутъ быть признаны обладателями права на опредѣленную подсудность или извѣстный составъ суда, или на спеціальный порядокъ и форму разбирательства дѣлъ; правила судоустройства и судопроизводства имѣютъ одну цѣль—обезпечить для каждаго правосудіе, и новые законы въ этой области создаются въ предположеніи пріискать лучшія средства для раскрытія истины. Когда 17 Апрѣля 1866 г. въ С.-Петербургскомъ округѣ была введена судебная реформа, то дѣйствіе устава уголовнаго судопроизводства было распространено и на дѣла уголовныя, начатыя до того момента и находящіяся уже въ производствѣ; очевидно, что такое примѣненіе не соотвѣтствуетъ формулѣ ст. 60, но въ то же время не только не нарушаетъ, но вполнѣ подтверждаетъ то правило, что всякое юридическое дѣйствіе регулируется закономъ, дѣйствую-

---

1) На различіе lois de fond и lois de forme обращаютъ особое вниманіе французскіе криминалисты, придавая послѣднимъ безусловно обратную силу. Ср. Laborde, № 72 и сл.; Molinier, стр. 241.

щимъ во время его учиненія, а дѣйствіями въ данномъ случаѣ будутъ разнообразныя дѣйствія органовъ судебной власти, направленныя на констатированіе преступнаго событія, виновности учинившаго и т. п., могущія имѣть мѣсто лишь послѣ 17 Апрѣля. Законъ 1 Іюля 1868 г. о представленіи 10-тирублеваго залога при подачѣ кассаціонной жалобы вошелъ въ силу въ Петербургѣ со 2 Іюля; понятно, что всѣ поданныя до того числа жалобы,—мало того, жалобы, которыя могли быть принесены на состоявшіеся до того числа окончательные приговоры, не подлежали вновь установленнымъ ограниченіямъ, но жалобы на приговоры по дѣламъ, хотя и находящимся въ производствѣ, но еще не рѣшеннымъ, могли быть уже подаваемы только съ соблюденіемъ условія, установленнаго новымъ закономъ [1]).

Съ другой стороны, введеніе новыхъ судебныхъ уставовъ не устранило вполнѣ примѣненія прежнихъ узаконеній, такъ какъ законъ о введеніи въ дѣйствіе уставовъ 1864 г., въ ст. 56 и 57, постановлялъ: всѣ производящіяся въ нынѣшнихъ судебныхъ мѣстахъ дѣла уголовныя продолжаются въ прежнемъ порядкѣ и въ прежнихъ судебныхъ мѣстахъ, впредь до ихъ упраздненія, а всѣ тѣ, по коимъ до этого времени производилось только полицейское дознаніе, направляются въ порядкѣ, установленномъ судебными уставами.

70. Болѣе спора представляютъ законы уголовные матеріальные [2]), гдѣ вопросъ о томъ, какой законъ нужно признать дѣйствующимъ по отношенію къ данному преступному дѣйствію, представляется нерѣдко весьма сложнымъ: преступное дѣяніе длится иногда долгое время, такъ что, начавшись въ моментъ дѣйствія одного закона, оно оканчивается при дѣйствіи другаго; еще длиннѣе можетъ быть срокъ, отдѣляющій учиненіе преступнаго дѣянія отъ момента примѣненія къ нему наказанія; самое отбываніе наказанія продолжается также долгіе годы, а потому въ это время легко могутъ измѣниться законы, опредѣляющіе порядокъ и условія отбытія, наступленіе тѣхъ или другихъ послѣдствій наказанія и т. д. Уже одно это разнообразіе карательныхъ законовъ показываетъ, что примѣненіе къ нимъ общей формулы: законъ уголовный обратной силы не имѣетъ, будетъ безусловно не вѣрно, что для отвѣта на такой вопросъ необходимо изслѣдовать природу каждаго уголовнаго закона и его отношеніе къ совершившемуся преступному дѣянію,

---

[1]) Любопытный случай встрѣтился въ практикѣ Правит. Сената въ 1886 г. (рѣш. № 25 по дѣлу Маслова): Въ 1884 г. мировой судья, а затѣмъ и съѣздъ разсмотрѣлъ дѣло о порубкѣ на сумму свыше 100 р.; приговоры были кассированы Сенатомъ по неподсудности; при вторичномъ разсмотрѣніи дѣла въ 1885 г. съѣздъ, въ который было передано дѣло, снова призналъ дѣло подсуднымъ, и указаніе въ принесенной на этотъ приговоръ жалобѣ на нарушеніе 930 ст. у. у. с. Сенатъ не призналъ уважительнымъ въ виду того, что въ промежутокъ между приговорами вышелъ законъ 18 Дек. 1885 г., измѣнившій правила подсудности мировымъ установленіямъ дѣлъ о порубкахъ.

[2]) Спеціальная нѣмецкая литература по этому вопросу приведена у Binding, Handbuch, § 49, пр. 1. Изъ отдѣльныхъ монографій можно указать: H. Zachariae, Ueber die rückwirkende Kraft neuer Strafgesetze, 1834 г.; Berner, Wirkungskreis des Strafgesetzes nach Zeit, Raum und Personen, 1853; H. Seeger, Ueber die rückwirkende Kraft neuer Strafgesetze, 1862; R. Schmid, Die Herrschaft der Gesetze nach ihren räumlichen und zeitlichen Grenzen, 1863 г.

причемъ, по справедливому замѣчанію Биндинга [1]), этотъ отвѣтъ въ свою очередь будетъ зависѣть отъ самаго взгляда на существо уголовнаго закона и его угрозу.

Всѣ главнѣйшія теоріи относительно обратнаго дѣйствія уголовныхъ законовъ могутъ быть сведены къ слѣдующимъ группамъ:

I. Къ преступному дѣянію можетъ быть примѣняемъ только законъ, дѣйствовавшій въ моментъ его учиненія.

Такъ, Беккеръ [2]) говоритъ: «если бы законъ имѣлъ только значеніе наставленія судьѣ, то послѣдній долженъ былъ бы примѣнять его ко всѣмъ случаямъ, подлежащимъ его разрѣшенію, не обращая вниманія на время совершенія преступнаго дѣянія; но уголовный законъ, черезъ обнародованіе его, получаетъ сверхъ того значеніе общественнаго запрета: каждое отдѣльное преступленіе является намъ, какъ дѣяніе, противное запрету и притомъ противное опредѣленному государственному запрету. Но каждымъ даннымъ дѣяніемъ можетъ быть нарушенъ лишь тотъ запретъ, который существовалъ въ то время, когда дѣяніе было совершено, а затѣмъ, если какимъ либо дѣяніемъ однажды нарушенъ извѣстный запретъ, то человѣческая сила не можетъ сдѣлать этого несовершившимся. Въ качествѣ нарушенія закона, преступленіе въ тотъ же моментъ, когда оно совершается, получаетъ прочное юридическое основаніе, опредѣляемое тѣмъ самымъ закономъ, который былъ имъ нарушенъ; этимъ закономъ опредѣляется величина вины, заключающейся въ дѣяніи, и соотвѣтствующее размѣрамъ вины наказаніе. Будетъ ли это наказаніе позднѣе приведено въ исполненіе, или нѣтъ—это другой вопросъ, но оно заслужено, и въ этомъ отношеніи ничто не можетъ быть измѣнено . . . Затѣмъ, если новый законъ не можетъ имѣть никакого вліянія на сужденіе дѣяній, учиненныхъ подъ дѣйствіемъ прежняго закона, но о которыхъ еще не было произнесено судебнаго приговора, то тѣмъ болѣе онъ не можетъ имѣть никакой власти по отношенію къ такимъ дѣяніямъ, о которыхъ уже раньше состоялись и вступили въ законную силу приговоры, и только приведеніе этихъ приговоровъ въ исполненіе имѣетъ мѣсто во время дѣйствія новаго закона... Не по праву, но только въ силу власти, государство можетъ сообщить болѣе мягкому закону обратную силу, и въ такомъ случаѣ предписаніе его по сему предмету *должно быть разсматриваемо какъ помилованіе* или смягченіе участи тѣхъ, кои подлежали бы наказанію на основаніи прежняго закона; государство не можетъ подобнымъ же образомъ сообщить обратное дѣйствіе болѣе строгому закону, такъ какъ оно не имѣетъ юридической власти возвышать наказуемость тѣхъ лицъ, виновность коихъ опредѣляется на основаніи прежняго закона». Такое же начало проводилъ прежде Гельшнеръ [3]). «Соотвѣтственно правовому значенію закона, говорилъ онъ, распространяетъ свое дѣйствіе уголовный законъ только на тѣ дѣянія, которыя учинены во время его господства, а потому онъ не можетъ ни проявлять обратной силы, ни обнаруживать своего вліянія послѣ наступленія момента прекращенія его юридическаго бытія». Указывая далѣе, что это формальное положеніе права противорѣчитъ справедливости, требующей примѣненія новыхъ болѣе мягкихъ законовъ, Гельшнеръ прибавляетъ, что подобное требованіе никогда не можетъ быть объяснено правовыми основаніями, а что указанное противорѣчіе можетъ служить только поводомъ, въ силу коего оправдывается институтъ помилованія, такъ какъ помилованіе только и можетъ имѣть мѣсто въ тѣхъ случаяхъ, которые не разрѣшаются формальнымъ правомъ; при этомъ безразлично, будетъ ли это поми-

---

1) Handbuch, § 51. «Основаніе споровъ заключается въ неопредѣленности постановки вопроса о значеніи уголовнаго закона и притомъ въ четырехъ направленіяхъ: 1) по отношенію закона къ преступному дѣянію; 2) къ преступнику; 3) къ судьѣ; 4) къ государству, или правильнѣе, къ главѣ государства; но, прибавляетъ онъ, всѣ эти разнорѣчія могутъ привести только къ двоякой постановкѣ: или признанію обратной силы закона, или къ отрицанію таковой; всѣ видоизмѣненія этихъ основныхъ точекъ зрѣнія не могутъ быть выведены изъ юридическихъ положеній; примиреніе ихъ немыслимо».

2) Theorie des heutigen deutschen Strafrechts, 1857, стр. 194 и сл.

3) System des preussischen Rechts, 1858, § 14; въ позднѣйшемъ трудѣ, какъ указано далѣе, Гельшнеръ измѣнилъ совершенно свое воззрѣніе.

лованіе даруемо въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, или будетъ установлено, какъ общее правило.

Листъ (§ 18) также указываетъ, что карательныя положенія не могутъ имѣть ни обратной силы, ни сохранять силу послѣ отмѣны закона; допуская единственное исключеніе изъ этого положенія въ пользу мягкихъ законовъ, законодатель руководствуется интересами гуманности, съ точки зрѣнія юридической не имѣющими основаній, но вполнѣ оправдываемыми съ точки зрѣнія законодателя.

II. Къ преступному дѣянію можетъ быть примѣняемъ только законъ, дѣйствующій во время его учиненія, но законы болѣе мягкіе, или болѣе снисходительные къ преступнику, всегда получаютъ обратную силу.

При этомъ болѣе мягкими законами признаются: а) объявляющіе ненаказуемымъ дѣяніе, до того момента обложенное наказаніемъ; б) отмѣняющіе родъ наказанія или безъ замѣны его новымъ, или съ замѣною новымъ, но болѣе мягкимъ для преступника, и в) уменьшающіе мѣру отвѣтственности, безъ измѣненія рода.

Эта доктрина представляется наиболѣе распространенною между современными писателями по этому вопросу, хотя изъятіе, допускаемое для болѣе мягкихъ законовъ, обосновывается крайне различно.

Бернеръ [1]), выходя изъ того положенія, что «moneat lex, priusquam feriat», говоритъ далѣе: «судебный приговоръ относится къ прошедшему, законъ, *по общему правилу*, только къ будущему; плохо бы пришлось гражданской свободѣ, если бы поступки гражданъ, бывшіе дозволенными въ моментъ ихъ учиненія, могли объявляться преступными позднѣйшимъ закономъ. Что законъ не запрещаетъ, то можно дѣлать безъ всякаго страха за будущее» . . . Однако, если государство въ новомъ законѣ высказало свое убѣжденіе о томъ, что извѣстныя дѣянія или вовсе не наказуемы, или наказуемы въ меньшей мѣрѣ, то законодатель не можетъ, если онъ не хочетъ стать въ противорѣчіе съ собственнымъ, болѣе совершеннымъ убѣжденіемъ, терпѣть долѣе примѣненіе прежняго уголовнаго постановленія. Было бы нарушеніемъ здраваго человѣческаго смысла и общественнаго правосознанія, если бы стали наказывать дѣянія, которыя уже нынѣ всякій можетъ совершать безнаказанно.

Вехтеръ [2]), признавая, что неимѣніе закономъ обратной силы вытекаетъ изъ природы вещей и необходимости огражденія правъ отдѣльнаго лица, прибавляетъ: что же касается законовъ болѣе мягкихъ, то ихъ обратное дѣйствіе объясняется: во-1-хъ, тѣмъ, что примѣненіемъ новаго закона не нарушаются права обвиняемаго, а во-2-хъ, —тѣмъ, что законодатель очутился бы въ противорѣчіи съ самимъ собою, если бы онъ допустилъ примѣненіе къ ранѣе учиненнымъ дѣяніямъ болѣе строгаго прежняго закона, такъ какъ онъ пришелъ къ убѣжденію, что законъ этотъ слишкомъ строгъ, а слѣдовательно— несправедливъ.

Гарро (№ 121) объясняетъ обратную силу новаго болѣе мягкаго закона тѣмъ, что если законъ отмѣнилъ или смягчилъ наказаніе, то это значитъ, что онъ призналъ его несправедливымъ и безполезнымъ, а такъ какъ соціальное право наказывать основывается только на томъ, что справедливо и полезно, то очевидно, что законодатель не можетъ дозволить примѣнять прежнее наказаніе, какъ несправедливое.

Гражданинъ, говоритъ пр. Градовскій [3]), въ правѣ видѣть мѣру дозволеннаго и недозволеннаго въ дѣйствующемъ законодательствѣ страны; ни одно дѣйствіе, совершенное имъ, не можетъ быть сдѣлано преступнымъ ex post facto, т. е. послѣ его совершенія. То же

---

1) Wirkungskreis, стр. 50; то же Lehrbuch, § 123.

2) Deutsches Strafrecht, стр. 78.

3) Въ статьѣ о дѣйствіи законовъ, стр. 11 и сл.; А. Кистяковскій, § 74, даетъ такое объясненіе: формула о необратномъ дѣйствіи болѣе суровыхъ законовъ создана духомъ новѣйшаго права, возставшаго противъ нерѣдко практиковавшагося въ прежніе вѣка жестокаго, страстнаго, полнаго произвола и оскорбляющаго чувство справедливости обычая, издавать болѣе строгіе законы для болѣе строгой кары дѣйствій, уже совершившихся. В. Спасовичъ, стр. 74, замѣчаетъ только, что было бы несправедливо подвергать наказанію строжайшему за дѣяніе, которое уже не требуетъ, по мнѣнію законодателя, столь сильнаго наказанія.

должно сказать относительно законовъ, установляющихъ болѣе суровое, сравнительно съ прежнимъ временемъ, наказаніе. Обратная сила такихъ законовъ была бы ловушкою, разставленною законодателемъ. Каждый человѣкъ, привлеченный къ отвѣтственности въ силу такого новаго закона, имѣлъ бы право сказать: я не сдѣлалъ бы ничего подобнаго, если бы зналъ, что законъ воспрещаетъ такія дѣйствія. Поэтому не можетъ имѣть обратнаго дѣйствія законъ, который сообщаетъ дѣяніямъ невыгодныя или болѣе невыгодныя послѣдствія; это правило безусловное или разсматриваемое какъ безусловное. Обратное дѣйствіе болѣе мягкихъ законовъ не есть даже исключеніе изъ этого правила, такъ какъ мы имѣемъ здѣсь дѣло съ другимъ принципомъ; подобный уголовный законъ не установляетъ невыгодныхъ послѣдствій для частныхъ лицъ; напротивъ, онъ ограничиваетъ карательную власть государства и тѣмъ расширяетъ область частной свободы. Примѣненіе этого закона къ дѣяніямъ прежняго времени не нарушаетъ основнаго правила.

Правило о необратной силѣ закона, по замѣчанію Н. Неклюдова [1]), примѣняясь цѣликомъ къ законамъ запретительнымъ, не имѣетъ примѣненія къ законамъ разрѣшительнымъ и вообще къ законамъ въ интересахъ обвиняемаго. Основаніе къ этому заключается въ томъ, что исправленіе погрѣшности закона есть офиціальное признаніе прежней его несправедливости или недостаточности, которая, засимъ, очевидно, практикуема быть не можетъ.

III. Всегда примѣняется новый законъ, но законъ новый болѣе строгій не распространяется на прежнія дѣянія.

Это воззрѣніе съ практической стороны весьма сходное съ предшествующимъ, отличается отъ него какъ въ своей теоретической основѣ, такъ и въ томъ, что, по взгляду писателей этой группы, всякое сомнѣніе о томъ, какой законъ долженъ быть примѣняемъ, толкуется въ пользу новаго закона, а по воззрѣніямъ писателей той группы—въ пользу стараго закона.

Такъ, Кестлинъ [2]) говоритъ: 1) законъ получаетъ практическую силу, какъ скоро лежащія въ основѣ его общія познаніе и воля (Wissen und Wollen) получили бытіе въ соотвѣтственной имъ формѣ всеобщности, какъ признанное обычное право или публикованный законъ; 2) законъ утрачиваетъ силу, какъ скоро въ одной изъ указанныхъ формъ проявились измѣненныя познаніе и воля. Изъ этой зависимости положительнаго права отъ категорическаго условія времени возникаетъ 3) противоположеніе ихъ (Antinomie) по вопросу объ обратномъ дѣйствіи уголовныхъ законовъ; съ одной стороны, право надъ преступникомъ, какъ абсолютное, отъ интересовъ личности не зависящее, имѣетъ притязаніе на абсолютную силу съ момента его внѣшняго проявленія; съ другой стороны, было бы несправедливо новый законъ примѣнять къ дѣянію, учиненному въ такое время, когда, по общему правоубѣжденію, оно считалось непреступнымъ или менѣе наказуемымъ. ... Это противорѣчіе разрѣшается тѣмъ основнымъ положеніемъ, что болѣе мягкій уголовный законъ получаетъ абсолютную силу, болѣе строгій, напротивъ, не имѣетъ никакой обратной силы.

Гейерь [3]) указываетъ, что обратное дѣйствіе новыхъ законовъ должно быть правиломъ. О какомъ нибудь «пріобрѣтенномъ правѣ» преступника на наказаніе по закону, дѣйствовавшему въ моментъ учиненія имъ преступнаго дѣянія, не можетъ быть и рѣчи. Въ уголовномъ законѣ государство высказываетъ, implicite, свое убѣжденіе, что правильное (справедливое) осуществленіе его карательнаго права отнынѣ (и до измѣненія закона) можетъ быть выполнено только на основаніи новаго, а не на основаніи прежняго, новому

---

1) Конспектъ, стр. 173; за то начало, что всякій новый законъ есть исправленіе погрѣшностей стараго, стоятъ многіе французскіе криминалисты, напр. Blondeau, Valette, ср. Molinier, стр. 232.

2) System des deutschen Strafrechts, 1855, § 24; такое же начало, хотя безъ всякой мотивировки, принимаетъ Seeger, Ueber die rückwirkende Kraft, § 23; сомнительно, можно ли причислить къ сторонникамъ этого направленія Schütze, такъ какъ онъ хотя и говоритъ (§ 18), что, по началамъ строгаго права, всегда долженъ быть примѣняемъ новый законъ, но все дальнѣйшее изложеніе основываетъ на § 2 германскаго кодекса. За это же начало высказывается Schwarze въ руководствѣ Гольцендорфа.

3) Grundriss zu Vorlesungen über gemeines deutschen Strafrecht, 1884, § 22.

закону противорѣчащаго, предписанія. Только въ тѣхъ случаяхъ, когда рѣчь идетъ о delictum juris civilis, можно требовать непримѣненія болѣе строгаго закона. Если же мы, наоборотъ, видимъ, что въ большинствѣ новыхъ законовъ общимъ образомъ признается, что болѣе строгіе законы не имѣютъ обратнаго дѣйствія, то въ пользу такой системы, кромѣ неопредѣленныхъ соображеній гуманности, можно развѣ только привести, что этимъ думаютъ поставить противовѣсъ кабинетной юстиціи и произволу власти.

IV. Новый законъ примѣняется ко всѣмъ дѣяніямъ, признававшимся преступными до его изданія, но подлежащимъ суду и наказанію послѣ его изданія.

Первымъ писателемъ, обстоятельно установившимъ это положеніе въ нѣмецкой доктринѣ, былъ Биндингъ [1]). Въ борьбѣ права съ неправомъ, говоритъ онъ, оружіе выбирается государствомъ, и притомъ имъ однимъ, нисколько не стѣсняясь пріобрѣтенными подданными правами на наказаніе вообще или на извѣстный его родъ въ частности. Если уголовный законъ обязываетъ государство облагать установленныя имъ преступныя дѣянія непремѣнно только тѣми наказаніями, которыя опредѣлены въ дѣйствующемъ законѣ и никакими другими, и если далѣе эта обязанность, въ ея опредѣленной закономъ формѣ, наступаетъ для государства со дня вступленія закона въ силу, то отсюда слѣдуетъ, что съ этого дня государство можетъ допустить осуществленіе лишь той уголовной угрозы и тѣхъ постановленій, кои указаны въ новомъ законѣ. Новый уголовный законъ, вмѣстѣ съ закономъ о введеніи его въ дѣйствіе, имѣетъ тотъ смыслъ, что отнынѣ этимъ закономъ опредѣляются карательныя функціи государства, которое обсуждаетъ всѣ дѣянія на основаніи новаго закона. Объ обратномъ дѣйствіи новаго уголовнаго закона не можетъ быть рѣчи, какъ и о дѣйствіи стараго закона послѣ изданія новаго. Отсюда Биндингъ выводитъ три практическія положенія: 1) если дѣяніе было запрещено по старому и по новому закону, то къ нему примѣняется всегда только новое наказаніе; 2) если дѣяніе, запрещенное прежнимъ закономъ, объявляется новымъ закономъ ненаказуемымъ, то оно не можетъ уже быть наказуемо по вступленіи новаго закона въ силу; 3) если дѣяніе, бывшее прежде не наказуемымъ, объявляется наказуемымъ, то къ нему не можетъ быть примѣнено наказаніе, такъ какъ оно не создало для государства никакого карательнаго права.

Въ руководствѣ Биндингъ подкрѣпляетъ усвоенное имъ начало двоякаго рода соображеніями: 1) положительными, такъ какъ мотивомъ всякаго новаго закона является недостаточность стараго и необходимость его замѣны, и такимъ шагомъ впередъ можетъ быть не только законъ, уменьшающій отвѣтственность, но иногда и усиливающій таковую, если онъ только вызывается необходимостью охраны права, и 2) отрицательными, такъ какъ приданію закону обратной силы не препятствуютъ никакія права и никакія обязанности Право на наказаніе есть право публичное и, какъ таковое, всегда можетъ сообщить невыгодныя послѣдствія для лицъ, обязанныхъ ему подчиняться; съ точки зрѣнія судьи существуетъ только одна обязанность—примѣнять новый законъ, а о какомъ либо правѣ преступника на наказаніе или на извѣстную мѣру наказанія, по мнѣнію Биндинга, не можетъ быть и рѣчи. Биндингъ даже не находитъ основаній справедливости (Billigkeit) для непримѣненія новаго болѣе суроваго закона.

Къ этому же направленію примкнулъ Гельшнеръ, обстоятельно и весьма отчетливо изложившій этотъ вопросъ въ своемъ послѣднемъ трудѣ: Система германскаго уголовнаго права (§ 46 и сл.). Новый уголовный законъ, замѣчаетъ Гельшнеръ, коимъ измѣняются юридическія послѣдствія какого либо преступнаго дѣянія, оставляетъ въ силѣ возникшее изъ ранѣе учиненнаго преступнаго дѣянія правоотношеніе между дѣятелемъ и карательною властью; но тѣ юридическія послѣдствія этого правоотношенія, которыя наступаютъ только теперь, нормируются уже исключительно новымъ закономъ. Если въ этомъ правоотношеніи слѣдуетъ признать существованіе чьего либо пріобрѣтеннаго права, которое должно остаться неприкосновеннымъ для новаго закона, то такимъ правомъ можетъ быть только право государства на устраненіе послѣдствій преступнаго дѣянія, и дѣйствительно, это право продолжаетъ существовать. Но условія осуществленія этого права сдѣлались, въ силу новаго закона, иными, чѣмъ были доселѣ, и, конечно, нѣтъ никакихъ осно-

---

[1]) Normen, § 26; Handbuch, § 52; Finger, I, 80; Lammasch. Изъ нашихъ криминалистовъ за эту теорію высказывается Н. Сергѣевскій, стр. 338 и сл.

ваній признавать не измѣненными новымъ закономъ права государства на тѣ уголовныя послѣдствія, которыя были установлены прежнимъ закономъ;... положеніе, выводимое доктриною, что преступное дѣяніе всегда должно быть судимо на основаніи закона времени учиненія дѣянія, не можетъ быть юридически построено ни съ точки зрѣнія государства-законодателя, ни съ точки зрѣнія государства-судьи; основанія его приходится искать единственно въ мнимо пріобрѣтенномъ черезъ преступленіе правѣ преступника на тѣ именно юридическія послѣдствія его дѣянія, которыя установлены закономъ времени совершенія дѣянія. Но такое право, выводимое теоріею предупрежденія и теоріею договора, падаетъ вмѣстѣ съ этими теоріями.

71. Останавливаясь на первыхъ двухъ группахъ теорій, сходныхъ въ ихъ отправной точкѣ, но различныхъ по объему примѣненія принципа, нельзя не отдать предпочтенія первой изъ нихъ, такъ какъ въ ней поставленъ твердый юридическій принципъ, вытекающій изъ опредѣленнаго основнаго воззрѣнія какъ на сущность преступленія и наказанія, такъ и на значеніе уголовной угрозы.

Въ этомъ построеніи можно найти прежде всего послѣдовательное проведеніе воззрѣній, такъ называемой, абсолютной школы: если наказаніе есть только аттрибутъ преступленія, придаваемый ему или категорическими велѣніями практическаго разума (Кантъ), или незыблемыми законами логики (Гегель), то, конечно, моментъ возникновенія преступнаго дѣянія есть и моментъ возникновенія его наказуемости, и, слѣдовательно, этотъ моментъ, какъ и всѣ иные, опредѣляющіе юридическую структуру преступнаго дѣянія, нормируется закономъ, дѣйствующимъ въ моментъ его учиненія. Никакой позднѣйшій законъ не можетъ сдѣлать бывшее не бывшимъ; говоря о примѣненіи позднѣйшихъ мягкихъ законовъ, мы будемъ говорить о соображеніяхъ полезности, выгоды, снисходительности, но не о началахъ права.

Къ тому же выводу придемъ мы, если, вмѣстѣ съ родоначальникомъ утилитарныхъ теорій, Фейербахомъ, будемъ видѣть въ угрозѣ закона созданіе противовѣса преступнымъ поползновеніямъ, а въ примѣненіи наказанія простое осуществленіе угрозы. И съ этой точки зрѣнія примѣненіе какого либо инаго наказанія, а не того, которое безуспѣшно боролось съ преступными наклонностями, не можетъ быть оправдано никакими соображеніями права.

На почвѣ двухъ указанныхъ воззрѣній покоится и третье основное положеніе, всего чаще проглядывающее въ доводахъ писателей разбираемой группы, о правѣ преступника на наказаніе: если лицо, учинившее убійство, пріобрѣло право пробыть на каторгѣ 10 лѣтъ, то новый законъ не можетъ разрушить или измѣнить это право.

Но всѣ эти положенія теряютъ цѣну, какъ скоро мы станемъ на ту точку зрѣнія, что юридическое отношеніе, возникающее между карающимъ государствомъ и караемымъ преступникомъ, вслѣдствіе учиненнаго имъ преступнаго дѣянія, имѣетъ самостоятельное бытіе, самостоятельную структуру; что родъ и мѣра наказанія назначаются законодателемъ, какъ предполагаемая имъ справедливая и необходимая мѣра охраны интересовъ, а не только какъ психическій противовѣсъ страстямъ и увлеченіямъ лица, посягающаго на норму; что, наконецъ, съ точки зрѣнія юридической можно говорить развѣ о правахъ, которыя рождаются изъ преступленія для государства и пострадав-

шаго, а не о правахъ преступника, такъ какъ для него существуетъ только obligationes ex delicto.

Кромѣ того, если посмотрѣть на эти попытки съ практической точки зрѣнія, то ихъ неосуществимость представляется еще нагляднѣе. Если примѣнять болѣе мягкіе законы путемъ испрошенія помилованія, т. е. путемъ, указаннымъ ст. 775 уст. угол. суд., то мы создадимъ такое осложненіе процедуры, которое одинаково обременитъ и суды, и министерство юстиціи; если мы перенесемъ право помилованія въ подобныхъ случаяхъ непосредственно на суды, то мы исказимъ самый институтъ помилованія, придадимъ судамъ такую власть, какая принадлежитъ только державному монарху; если же мы вовсе не будемъ примѣнять законовъ, уменьшающихъ отвѣтственность, то мы заставимъ государство осуществлять то, что оно признало не только не цѣлесообразнымъ, но можетъ быть даже вреднымъ; заставимъ, напр., наказывать кнутомъ или плетьми, послѣ всенародно объявленной ихъ отмѣны. Далѣе, если мы будемъ ссылаться на то, что преступникъ не зналъ мѣры наказанія, назначенной новымъ закономъ, а потому этотъ законъ и не можетъ быть примѣненъ къ нему, то мы введемъ въ уголовное право фикцію, не имѣющую никакой опоры въ жизни: много ли найдется юристовъ и даже спеціально криминалистовъ, которые могли бы похвалиться, что если они совершатъ какое либо преступное дѣяніе, то всегда напередъ будутъ знать размѣръ того наказанія, которое грозитъ имъ за совершенное?

Что касается добавокъ, дѣлаемыхъ къ этимъ соображеніямъ представителями второй группы, относительно обратной силы болѣе мягкихъ законовъ, то возраженія противъ нихъ съ очевидностью вытекаютъ изъ самыхъ ихъ построеній. Если новый мягкій законъ есть шагъ впередъ законодателя и долженъ быть примѣняемъ потому, что онъ справедливѣе и цѣлесообразнѣе, то несомнѣнно, что всѣ эти эпитеты и соображенія вполнѣ примѣнимы и къ законамъ болѣе строгимъ. Если къ преступнику можно примѣнять только законъ, болѣе для него выгодный, то какъ поступимъ мы въ тѣхъ случаяхъ, когда судъ, примѣняя, какъ болѣе мягкій, новый законъ, коимъ назначается, напр., вмѣсто ссылки на поселеніе, отдача въ исправительныя отдѣленія, встрѣтитъ энергическій отпоръ со стороны подсудимаго, доказывающаго, что для него несравненно выгоднѣе ссылка на поселеніе и что новый законъ не мягче, а суровѣе? Кто можетъ знать, что выгоднѣе для подсудимаго: онъ самъ или судъ? Наконецъ, ссылка на общія требованія гуманности и справедливости, на здравый смыслъ и т. д., слишкомъ неуловима, чтобы служить юридическимъ основаніемъ института[1]).

---

[1]) По поводу ссылки на требованія справедливости, Binding, Normen, § 26, замѣчаетъ: но на чемъ можетъ быть основано подобное требованіе справедливости? Только на томъ, что преступникъ, соображая, при совершеніи дѣянія, возможныя для него послѣдствія на основаніи уголовнаго закона, могъ разсчитывать, что онъ не подвергнется наказанію болѣе строгому, нежели опредѣляемое тѣмъ закономъ, и что предвидѣніе болѣе строгаго наказанія, быть можетъ, удержало бы его отъ совершенія преступленія. Но подобныхъ предположеній нельзя допустить: міръ преступниковъ не ожидаетъ подвергнуться уголовной карѣ, думая лишь о томъ, какъ бы обмануть государство въ его разсчетахъ на наказуемость, и не вдаваясь въ разсужденіе о томъ, какой карательный эквивалентъ соотвѣтствуетъ учиняемому преступленію. Иначе пришлось бы признать, во имя справедливости, что, напр., при

Такимъ образомъ, и теоретически и практически наиболѣе вѣрными представляются мнѣ двѣ послѣднія группы теорій. Теоретически—потому, что только по этимъ основаніямъ коренное положеніе права, что всякое юридическое дѣйствіе нормируется закономъ времени его учиненія, получаетъ свое надлежащее примѣненіе,—практически потому, что только это воззрѣніе, по моему мнѣнію, можетъ быть проводимо законодателемъ.

Дѣйствіе или бездѣйствіе почитаются преступными, когда они заключаютъ въ себѣ посягательство на норму въ ея реальномъ бытіи; только противоположеніе дѣйствія и нормы, существующей въ моментъ учиненія дѣянія, можетъ придать ему характеръ преступнаго. Отсюда: буде новый уголовный законъ создаетъ преступность дѣянія, дотолѣ не существовавшую, то онъ можетъ имѣть значеніе только для дѣйствій, возникающихъ послѣ вступленія новаго закона въ силу: не можетъ быть и рѣчи о какомъ либо отношеніи новаго карательнаго закона къ юридически безразличнымъ фактамъ минувшаго.

Далѣе, изъ понятія уголовной неправды выдѣляется видовое понятіе неправды наказуемой, какъ посягательства на норму, признаваемаго столь существеннымъ, что учинившій его подвергается наказанію: и это юридическое свойство преступнаго дѣянія можетъ опредѣляться только закономъ времени его учиненія. Никакой новый законъ не можетъ сдѣлать уголовно-наказуемымъ дѣяніе, считавшееся до момента вступленія его въ силу уголовно безразличнымъ, хотя бы и влекущимъ какія либо гражданскія, процессуальныя или дисциплинарныя послѣдствія.

Однимъ словомъ, новый законъ не можетъ придать фактамъ и событіямъ прошлаго значеніе преступнаго и наказуемаго дѣянія, буде они таковаго значенія дотолѣ не имѣли.

Но не эти случаи имѣетъ въ виду разбираемый вопросъ; онъ, главнымъ образомъ, изслѣдуетъ другое положеніе: можно ли примѣнить новый законъ къ прошедшимъ уголовно *преступнымъ* (въ смыслѣ воспрещенныхъ подъ страхомъ наказанія) дѣяніямъ, даже всего чаще къ дѣяніямъ, по поводу коихъ уже началось уголовное разслѣдованіе, или даже и судебное разбирательство? . . . . . .

Объявляя преступное дѣяніе наказуемымъ, законъ, какъ мы видѣли, создаетъ новое юридическое отношеніе между государствомъ, охраняющимъ защищенный нормою интересъ, и преступникомъ, посягнувшимъ на этотъ интересъ, отношеніе, изъ коего возникаютъ право государства на наказаніе преступника и обязанность преступника подчиниться наказанію; возникаютъ отношенія, притомъ отнюдь не имѣющія характера частныхъ договорныхъ отношеній, а отношенія права публичнаго: отношенія властнаго и повелѣвающаго къ подчиненному и повинующемуся.

Право государства на наказаніе возникаетъ изъ закона, дѣйствующаго во время учиненія преступнаго дѣянія, но осуществленіе этого права, реали-

---

системѣ относительно опредѣленныхъ наказаній, нельзя спускаться далѣе опредѣленнаго въ законѣ минимума, если преступникъ разсчитывалъ отдѣлаться наказаніемъ въ этомъ именно размѣрѣ, а тогда уже, право, лучше предоставить самому преступнику избрать свое собственное наказаніе.

зація наказанія, есть дѣло будущаго и, слѣдовательно, можетъ быть выполнено во время господства новаго закона, а потому будетъ регулировано имъ, какъ и всякая иная, одновременно возникающая подобная государственная дѣятельность.

Порядокъ удостовѣренія въ дѣйствительномъ существованіи посягательства, порядокъ доказательства виновности учинившаго, однимъ словомъ, процессуальныя дѣйствія, констатирующія наличность фактическаго основанія права наказывать, опредѣляются тѣмъ закономъ, подъ дѣйствіемъ коего они будутъ выполнены; но точно также новымъ закономъ опредѣлится возможность осуществленія, размѣръ и условія осуществленія прежде возникшаго права на наказаніе.

Поэтому, если новый законъ объявляетъ ненаказуемымъ дѣяніе, дотолѣ почитавшееся наказуемымъ, то право, возникшее изъ прежде учиненнаго дѣйствія, не можетъ быть осуществлено; оно антиквировано авторитетною волею законодателя: съ момента вступленія въ силу новаго закона это право умерло, а мертвые не оживаютъ. Но то же нужно сказать и объ отдѣльныхъ элементахъ этого права. Не можетъ быть примѣняемъ отмѣненный родъ наказанія, отмѣненная мѣра наказанія, отмѣненный порядокъ исчисленія размѣровъ отвѣтственности и т. д. Здѣсь не можетъ быть и рѣчи объ обратной силѣ закона, здѣсь простое примѣненіе основнаго правила: законъ нормируетъ всѣ отношенія, дѣйствія и событія, возникающія во время его господства, если самою же волею законодательной власти не положено какихъ либо для сего ограниченій.

Очевидно, однако, что это положеніе одинаково относится, какъ къ законамъ, уменьшающимъ отвѣтственность, такъ и къ законамъ, усиливающимъ таковую. Но здѣсь-то и возникаетъ, повидимому, камень преткновенія. Можно ли допустить, чтобы дѣяніе, учиненное во время дѣйствія закона, назначавшаго за него денежную пеню или арестъ, могло быть обложено каторгою или смертною казнью, благодаря вновь вышедшему закону, не будетъ ли это ловушкою со стороны законодателя, не открываемъ ли мы широкую дверь произволу, не посягаемъ ли мы подъ знаменемъ всесильнаго закона на основныя гарантіи личности?

Но съ постановкою подобныхъ вопросовъ весь споръ переходитъ съ юридической на политическую почву, хотя и тутъ, казалось бы, невѣрность обыкновенно даваемаго отвѣта очевидна: гарантія личности и ея правъ должна заключаться въ созданіи условій, дѣлающихъ невозможнымъ возникновеніе законовъ, подобныхъ вышеуказаннымъ, а не въ безпочвенномъ, а потому и безцѣльномъ юридическомъ положеніи: законъ болѣе строгій не можетъ имѣть обратной силы.

Не трудно видѣть, что такое положеніе проявитъ свое реальное значеніе именно тогда, когда его жизненная полезность представляется весьма сомнительною. Тамъ, гдѣ усиленіе отвѣтственности вызвано политическою, а не юридическою необходимостью, ничто не воспрепятствуетъ законодателю воспользоваться правомъ, предоставляемымъ, положимъ, 2-мъ пунктомъ ст. 61 законовъ основныхъ. Если мы въ исторіи нашего уголовнаго законодательства почти не знаемъ случаевъ примѣненія этого пункта, то это свидѣ-

тельствуетъ, что на его развитіе мало вліяла борьба политическихъ элементовъ. Но представимъ себѣ случай измѣненія санкціи по чисто юридическимъ соображеніямъ. За растрату служебную, по ст. 354 улож. о наказ., изд. 1866 г., полагалась ссылка на житье въ Сибирь или отдача въ арестантскія отдѣленія по 4-й степени 31 статьи; по закону 16 Іюня 1884 г. это наказаніе замѣнено для растраты на сумму менѣе 300 рублей тюрьмою по 1-й степ. 38 статьи, а для растраты на сумму болѣе 300 рублей—ссылкою на житье въ Сибирь или отдачею въ арестантскія отдѣленія, по 1, 2, 3 и 4 степ. 31 статьи, и съ замѣною для лицъ, изъятыхъ отъ тѣлесныхъ наказаній, заключенія на мѣстѣ ссылки предварительнымъ заключеніемъ въ тюрьмѣ на тѣ же сроки, а въ важнѣйшихъ случаяхъ—даже ссылкою на поселеніе; по оспариваемому воззрѣнію, первая часть новаго закона должна примѣняться и къ прежнимъ растратамъ, а вторая—не можетъ быть примѣняема, но почему? Съ точки зрѣнія законодателя? Но онъ нашелъ прежнее наказаніе и несправедливымъ и несостоятельнымъ, примѣненіе стараго закона въ его глазахъ будетъ несправедливостью. Съ точки зрѣнія судьи? Но его обязанность примѣнять авторитетную волю, получившую силу закона. Значитъ, съ точки зрѣнія преступника. мы должны предположить, что, присвоивая общественныя деньги или прокучивая ихъ съ пріятелями, онъ предварительно справился въ законѣ и твердо выучилъ санкцію ст. 354, такъ что можетъ сказать, что если бы онъ зналъ, что наказаніе будетъ иное, то и не совершилъ бы растраты, что своею растратою онъ пріобрѣлъ право на ссылку на житье по 4 степ. 31 статьи. Но на чемъ все это построено? Законъ, говоря, что виновный въ убійствѣ подлежитъ каторгѣ отъ 10—15 лѣтъ, обращаетъ къ каждому требованіе «не убивай», а не требованіе: «не убивай, ибо за этимъ послѣдуетъ 10 лѣтъ каторги».

Слѣдовательно, къ преступному дѣянію, подлежащему суду и наказанію послѣ вступленія закона въ силу, всегда долженъ примѣняться новый законъ.

Изъ этого положенія волею законодателя можетъ быть установлено только одно изъятіе, такъ же, какъ и при законахъ процессуальныхъ, а именно: за нѣкоторыми прежними законами, вполнѣ или въ части, можетъ быть сохранена сила, несмотря на введеніе новаго закона; другими словами, новый законъ, по прямому указанію законодателя, можетъ отмѣнять старый не вполнѣ, а съ болѣе или менѣе существенными ограниченіями.

Основанія такого ограниченія тѣ же, какъ и въ процессѣ: соображенія пользы, практическаго удобства. Почему законодатель въ 1866 г. не всѣ производившіяся уголовныя дѣла передалъ на разсмотрѣніе новыхъ судебныхъ мѣстъ по новому судопроизводственному порядку? Потому что этотъ наплывъ массы дѣлъ, коихъ матеріалъ былъ совершенно не пригоденъ для обработки въ новыхъ судахъ, затормозилъ бы дѣятельность послѣднихъ, т. е. законодатель ограничилъ дѣйствіе новаго закона не по началамъ права, а по соображеніямъ уголовной политики.

Относительно матеріальныхъ уголовныхъ законовъ такими соображеніями могутъ быть: 1) невозможность полнаго проведенія вновь принятой карательной мѣры, заставляющая примѣнять ее только ко вновь возникающимъ преступнымъ дѣяніямъ; 2) особенность условій, благодаря коимъ потребовалось измѣненіе какихъ либо карательныхъ мѣръ, и которыя, по предполо-

женіямъ законодателя, не существовали въ прежнее время; 3) даже иногда существованіе въ обществѣ убѣжденія о необходимости нераспространенія на прошлое усиленныхъ наказаній, въ особенности тамъ, гдѣ такое усиленіе представляется не только значительнымъ, но и вполнѣ очевиднымъ, какъ, напр., введеніе вновь смертной казни, безсрочныхъ наказаній, пораженія правъ и т. д.

Но во всякомъ случаѣ всѣ эти изъятія изъ дѣйствія новаго закона въ пользу прежняго установляются только прямо выраженною волею законодателя, въ точно опредѣленномъ ею объемѣ.

72. Въ законодательствахъ по этому вопросу мы встрѣчаемъ также полную рознь принциповъ. Такъ, большинство партикулярныхъ нѣмецкихъ кодексовъ, какъ, напр., кодексы: баварскіе 1813 и 1861 гг., ганноверскій, гессенскій, вюртембергскій, и всѣ саксонскіе кодексы, включая и саксонское уложеніе 1868 г., держались принципа примѣненія новаго закона, за исключеніемъ тѣхъ случаевъ, когда старый законъ былъ снисходительнѣе.

Напротивъ того, кодексы ольденбургскій, баденскій и прусскій держались принципа примѣненія старыхъ законовъ, но съ признаніемъ обратной силы за новыми болѣе мягкими. Это начало принято и въ германскомъ уложеніи, которое въ § 2 постановляетъ: дѣяніе тогда только можетъ быть обложено наказаніемъ, когда это наказаніе было назначено за таковое закономъ ранѣе совершенія дѣянія. При различіи законовъ времени учиненія дѣянія и времени его сужденія, примѣняется наиболѣе мягкій законъ [1]).

Въ правѣ французскомъ постановленія по сему вопросу содержатся частью въ законахъ гражданскихъ, которые (ст. 2) постановляютъ, что законъ дѣйствуетъ только на будущее время и не имѣетъ обратной силы, частью въ уголовномъ уложеніи, въ коемъ ст. 4 говоритъ: «за преступное дѣяніе не можетъ быть назначено такое наказаніе, которое не было опредѣлено закономъ до момента учиненія этого дѣянія»; къ этому французская кассаціонная практика сдѣлала, однако, существенное дополненіе, что законы, смягчающіе отвѣтственность, всегда получаютъ обратную силу [2]). Кодексы бельгійскій (ст. 2) [3]), голландскій (ст. 1), венгерскій, § 1 и 2, итальянскій, ст. 1 и 2 [4]), повторяя это правилъ, прибавляютъ, что въ случаѣ различія законовъ примѣняется во всякомъ случаѣ законъ, болѣе снисходительный къ подсудимому.

---

1) Такое же постановленіе содержитъ венгерскій кодексъ въ § 2.

2) Garraud, № 124; F. Hélie, Théorie, I, № 21. Molinier, I, стр. 321 и сл. По французской конституціи 5 фруктидора III года, начало необратной силы закона было признано конституціоннымъ закономъ, но это положеніе не было повторено въ позднѣйшихъ конституціяхъ и нынѣ существуетъ только въ гражданскомъ и уголовномъ кодексахъ. Какъ говоритъ Normand (№ 187), правило необратной силы есть принципъ судебнаго толкованія и примѣненія закона въ тѣхъ случаяхъ, когда законодатель не придалъ ему обратнаго дѣйствія, а не ограниченіе власти законодателя, который можетъ издать и обратно дѣйствующіе законы, какъ скоро онъ полагаетъ, что такая обратная сила согласна съ правильно понятыми общественными интересами. Такъ, напр., по § 9 закона 27 Мая 1885 г., о неисправимыхъ рецидивистахъ, обратная сила была придана этому закону; такая же обратная сила придавалась законамъ, относящимся къ порядку исполненія наказанія.

3) Обстоятельное изложеніе бельгійской системы у Thiry, № 31 и сл.; но и онъ признаетъ необходимость примѣненія всякаго новаго закона, относящагося къ порядку исполненія наказанія, а равно въ случаѣ отмѣны прежняго рода наказанія.

4) Итальянское уложеніе въ ст. 2 постановляетъ: никто не можетъ быть наказанъ за дѣяніе, которое не признавалось преступнымъ по закону времени его совершенія; никто не можетъ быть наказанъ за дѣяніе, которое не признается преступнымъ по закону позднѣйшему; если виновный уже былъ осужденъ за таковое, то приговоръ отмѣняется со всѣми послѣдствіями. Въ случаѣ различія закона времени учиненія дѣянія съ позднѣйшими, примѣняется законъ, содержащій постановленія, болѣе снисходительныя для подсудимаго.

*

73. Въ нашемъ правѣ особыхъ постановленій по сему предмету не содержалось, ни въ законахъ основныхъ, ни въ уложеніи о наказаніяхъ 1845 г. Впервые правила, сюда относящіяся, съ точностью были формулированы въ именномъ указѣ 27 Марта 1846 г. (п. с. з., № 19880) о примѣненіи уложенія. Въ этомъ указѣ было постановлено: «уложеніе о наказаніяхъ должно воспріять полную силу и дѣйствіе съ 1 Мая 1846 г. Съ этого числа постановленія новаго уложенія прилагать ко всѣмъ дѣламъ, не получившимъ до того числа окончательнаго рѣшенія, какъ въ судахъ 1-й и 2-й степени, такъ и въ Правительствующемъ Сенатѣ, не распространяя сего лишь на тѣ немногіе случаи, гдѣ опредѣляемыя уложеніемъ наказанія строже назначаемыхъ дѣйствовавшими доселѣ законами. Въ сихъ случаяхъ, приговоры о подсудимыхъ постановлять на основаніи узаконеній, существовавшихъ во время учиненія преступленія или проступка».

Для правильнаго исполненія сего указа, въ то же время Высочайше повелѣно было министру юстиціи составить и разослать во всѣ судебныя мѣста особую инструкцію, въ которой означить подробно всѣ тѣ противозаконныя дѣянія, за которыя наказаніе слѣдуетъ назначать по прежнимъ законамъ: такихъ случаевъ въ инструкціи было указано 85; вмѣстѣ съ тѣмъ въ инструкціи было объяснено, что тѣ преступныя дѣянія, которыя въ сводѣ вовсе не предвидѣны, не подлежатъ наказанію и по уложенію, если они, конечно, учинены до приведенія его въ дѣйствіе; но это правило не должно было распространяться на тѣ случаи, въ которыхъ по своду назначались неопредѣленныя наказанія, какъ-то: «наказать яко преступника указовъ» и т. п., такъ какъ такія дѣянія должны почитаться запрещенными и по старымъ законамъ; въ сихъ случаяхъ судъ долженъ былъ прежде всего опредѣлить съ точностью существо такого дѣянія, сравнить его съ другими однородными, выбрать изъ нихъ къ нему ближайшее, а потомъ положить за него наказаніе, т. е. примѣнить къ этимъ дѣяніямъ ст. 151 (по изд. 1885 г.) улож. о наказ. Та же система, даже съ ссылкою на указъ 27 Марта, была принята въ законѣ 18 Мая 1855 г. объ измѣненіи наказанія ссыльныхъ (т. XIV, уст. ссыльн., ст. 798, прим. 2), а равно и въ законѣ о введеніи въ дѣйствіе воинскаго устава о наказаніяхъ, изд. 1868 и 1875 гг.

Но несмотря на ясную постановку въ этихъ указахъ принципа: что примѣняется новый уголовный законъ, и только въ тѣхъ случаяхъ, когда новый законъ болѣе строгъ, сохраняетъ силу старый законъ, наша практика придала этимъ постановленіямъ совершенно иное значеніе; такъ, Государственный Совѣтъ, въ рѣшеніи 10 Іюля 1848 г. по дѣлу Юшкевичей, объяснилъ, что указъ 27 Марта имѣлъ, очевидно, цѣлью сохранить основное начало нашего законодательства, что никакой законъ не имѣетъ обратной силы и что изъ этого правила Государю было благоугодно допустить изъятіе въ пользу новыхъ болѣе мягкихъ законовъ. Точно также въ практикѣ уголов. кассац. депар. Правит. Сената неоднократно [1]) высказывалось то положеніе, что только новые законы болѣе мягкіе имѣютъ обратную силу. Такъ, между прочимъ, Сенатъ указалъ, что законъ 23 Марта 1871 г., увеличивающій наказаніе за убійство, не примѣняется къ дѣяніямъ, учиненнымъ до его изданія (71/1145, Алексѣева); но въ рѣшеніи по дѣлу Ерохина (72/904) и Князева (74/613) Сенатъ высказалъ положеніе, сходное съ принятымъ въ указѣ 1846 г., а именно, что по духу нашего законодательства позднѣйшій законъ не подлежалъ бы примѣненію къ дѣянію, учиненному до этого закона, въ такомъ лишь случаѣ, когда этимъ закономъ назначается наказаніе болѣе строгое противъ опредѣленнаго прежними законами.

Начало, принятое закономъ 27 Мая 1846 г., усвоено и дѣйствующимъ уголовнымъ уложеніемъ, которое въ ст. 14 постановляетъ: новый законъ уголовный примѣняется судомъ, постановляющимъ приговоръ, и къ тѣмъ, учиненнымъ до дня вступленія закона въ силу, дѣяніямъ, которыя были воспрещены подъ страхомъ наказанія за оныя, во время ихъ учиненія.

Наказанія, опредѣляемыя по новому закону, смягчаются, на основаніяхъ, установленныхъ ст. 53, если закономъ, дѣйствовавшимъ во время

---

[1]) Ср. 71/1145, Алексѣева; 71/854, Емельянова; 70/506, Александрова и др.

учиненія преступнаго дѣянія, наказаніе за оное было установлено менѣе строгое, чѣмъ по закону новому.

Примѣненіе этого постановленія предполагаетъ наличность слѣдующихъ условій.

1) Статья 14 имѣетъ въ виду дѣянія, учиненныя до дня вступленія новаго закона въ силу. Но какъ точнѣе опредѣлить понятіе «учиненнаго»? Это значитъ, что сумма признаковъ, которая обусловливаетъ примѣненіе наказанія, должна быть сполна выполнена до вступленія въ силу новаго закона. Такимъ образомъ, преступность и наказуемость дѣянія, начатаго при дѣйствіи прежняго, но оконченнаго при дѣйствіи новаго закона, *безусловно* опредѣляется по новому закону безъ примѣненія статьи 14-ой; то же нужно сказать о преступныхъ дѣяніяхъ, продолжаемыхъ и длящихся, такъ какъ и для нихъ безусловную силу имѣетъ законъ времени совершенія послѣдняго преступнаго акта, или времени прекращенія преступнаго состоянія. Болѣе спорнымъ считается примѣненіе этого положенія къ преступнымъ дѣяніямъ, требующимъ для полноты состава наличности извѣстныхъ послѣдствій: смертельная рана нанесена до вступленія, а смерть наступила послѣ вступленія закона въ силу; какой законъ долженъ признаваться дѣйствующимъ для такого убійства по времени его учиненія? Казалось бы, законъ момента наступленія послѣдствій, такъ какъ тогда только убійство считается оконченнымъ [1]).

2) Новый законъ примѣняется только къ тѣмъ дѣяніямъ, учиненнымъ до вступленія его въ силу, которыя признаются преступными въ силу статьи 1-й угол. улож., которыя, слѣдовательно, были во время ихъ учиненія воспрещены закономъ подъ страхомъ наказанія, т. е. примѣненія одного изъ взысканій, указанныхъ въ уголовномъ уложеніи. Поэтому по новому закону не можетъ подлежать наказанію: а) дѣяніе, которое во время его учиненія вовсе не было воспрещено закономъ; б) которое хотя и было воспрещено, но влекло за собою лишь взысканія гражданскія или дисциплинарныя. Наоборотъ, дѣяніе, воспрещенное хотя и не уголовнымъ, а какимъ либо инымъ закономъ, напр., акцизнымъ, но влекущее за собою наказаніе, подходитъ подъ дѣйствіе статьи 14-й.

3) Согласно ст. 14, новый законъ примѣняется къ преступнымъ дѣяніямъ, хотя учиненнымъ до его изданія, но подлежащимъ суду и наказанію послѣ вступленія въ силу новаго закона. Поэтому, разумѣется, о ст. 14 не можетъ быть и рѣчи, какъ скоро дѣяніе, учиненное до изданія закона, находится уже въ такомъ процессуальномъ положеніи, что противъ учинившаго не можетъ быть на законномъ основаніи возбуждено преслѣдованіе, напр., когда таковое дѣяніе, на основаніи прежняго закона, сдѣлалось ненаказуемымъ за истеченіемъ давностнаго срока и т. д.

4) Равнымъ образомъ, новый законъ не можетъ имѣть примѣненія ко всѣмъ дѣламъ, по коимъ состоялся приговоръ, вошедшій въ законную силу; но приговоръ, на который можетъ быть подана апелляціонная или кассаціонная жалоба, не можетъ имѣть такого значенія, и апелляціонная инстанція, или

---

1) Такое же толкованіе защищаетъ Binding, Handbuch, § 54; ср. F. Kitzinger, Ort und Zeit der Handlung im Strafrecht. 1902.

судъ, въ который дѣло, послѣ кассированія прежняго приговора, передано для новаго разсмотрѣнія, должны руководствоваться новымъ закономъ.

5) Изъ указаннаго правила о непримѣнимости новаго закона къ дѣламъ, по коимъ приговоры вошли въ законную силу, но еще не исполнены или исполнены, но не вполнѣ, могутъ быть исключенія: 1) когда новымъ закономъ безусловно отмѣняется какой либо родъ наказанія или какая либо его составная часть; 2) когда новый законъ относится къ порядку отбытія или исполненія какого либо рода наказанія, и 3) когда такое примѣненіе новаго закона было въ немъ особо оговорено. Такъ, въ указѣ 1846 г., было постановлено, что всѣ вошедшіе до 1 Мая въ законную силу окончательные приговоры должно приводить въ исполненіе по точному ихъ содержанію, но съ тѣмъ, однако, чтобы назначенное въ таковыхъ приговорахъ наказаніе кнутомъ замѣнять по новому уложенію плетьми, а наказаніе плетьми чрезъ полицейскихъ служителей замѣнять розгами, причемъ таковая замѣна должна была быть не только по приговорамъ, еще необращеннымъ къ исполненію, но и по приговорамъ, обращеннымъ къ таковому, если самая казнь по 1 Мая еще не послѣдовала. Такое же начало было принято при примѣненіи указа 17 Апрѣля 1863 г. (п. с. з., 39505) относительно отмѣны плетей. Въ законахъ, относящихся къ порядку исполненія наказаній лишеніемъ свободы, такое значеніе можетъ быть придано и законамъ, выходящимъ во время уже отбытія наказанія. Такъ, закономъ 4 Августа 1878 г. было повелѣно: приговореннымъ къ арестантскимъ отдѣленіямъ, но отбывающимъ наказаніе въ тюрьмахъ, за неимѣніемъ помѣщенія въ отдѣленіяхъ, продлить срокъ содержанія, назначенный въ приговорѣ, въ разсчетѣ $1^1/_2$ года за годъ; законъ этотъ долженъ былъ быть примѣненъ и къ тѣмъ, которые уже отбывали это наказаніе, но съ тѣмъ, чтобы продленіе срока относилось только къ той части наказанія, которую еще оставалось отбыть осужденному.

6) Съ момента вступленія закона въ силу, только онъ, если не сдѣлано въ семъ отношеніи прямого ограниченія, можетъ быть примѣняемъ къ прежде учиненнымъ преступнымъ дѣяніямъ, подлежащимъ суду, по коимъ уголовное преслѣдованіе еще не возбуждено, или даже и возбуждено. Поэтому, если прежній законъ отмѣненъ безъ замѣны его новымъ, то уголовное преслѣдованіе не возбуждается, а возбужденное подлежитъ прекращенію, такъ какъ никто не можетъ подлежать уголовному преслѣдованію за дѣяніе, не почитаемое болѣе преступнымъ; если же прежній законъ не отмѣненъ совершенно, а только замѣненъ новымъ, то производство идетъ общимъ порядкомъ и примѣненіе новаго закона, согласно ст. 14, наступаетъ при окончательномъ опредѣленіи виновности и отвѣтственности.

7) Законъ новый отмѣнилъ или замѣнилъ законъ прежній и, согласно ст. 14, воспринялъ силу по отношенію къ дѣяніямъ, еще подлежащимъ суду и наказанію; но такое правило, несомнѣнно вѣрное относительно такъ называемыхъ законовъ вѣчныхъ, примѣнимо ли къ законамъ временнымъ, воспріемлющимъ силу только въ виду особыхъ обстоятельствъ, на извѣстный срокъ или до наступленія извѣстнаго событія, и только пріостанавливающимъ или суспендирующимъ дѣйствіе нормальныхъ законовъ? Если, въ виду наступившей войны, или какихъ либо внутреннихъ событій, усиленія крамолы, чрезвычай-

ныхъ нарушеній общественной безопасности, вводится военное положеніе, усиленная или чрезвычайная охрана, въ силу чего не только дѣянія, не почитавшіяся до того преступными, становятся таковыми. но измѣняется отвѣтственность и за дѣянія, воспрещенныя закономъ; если, въ виду наступленія эпизоотіи или эпидеміи, не только издаются новыя правила, воспрещающія, въ видахъ предосторожности противъ распространенія болѣзней, извѣстныя дѣйствія, но получаютъ иное значеніе и бо̀льшую наказуемость и всѣ, воспрещенныя уже подъ страхомъ наказанія и при обыкновенномъ порядкѣ вещей, нарушенія чистоты и опрятности, правилъ объ охранѣ народнаго здравія и т. д., то могутъ ли всѣ эти законоположенія, съ момента вступленія ихъ въ силу, примѣняться и къ уголовно наказуемымъ нарушеніямъ, учиненнымъ до этого момента? Я думаю, что нѣтъ: временный законъ распространяетъ свою силу лишь на дѣянія, исключительно во время его дѣйствія учиненныя. Законъ, велѣнія коего нарушены виновнымъ, не пересталъ быть дѣйствительнымъ выраженіемъ авторитетной воли, и его нарушеніе не перестало быть воспрещеннымъ подъ страхомъ наказанія. Законъ, если можно такъ выразиться, зачисленъ въ запасъ, а не уволенъ въ отставку, и можетъ быть призванъ къ исполненію обязанностей, какъ скоро встрѣтится въ томъ необходимость, а таковая является именно въ тѣхъ случаяхъ, когда судится и наказывается дѣяніе, учиненное до наступленія тѣхъ особыхъ условій, которыя вызвали временные законы.

8) Новый законъ, вступая въ силу, устраняетъ своего предшественника; но можно ли примѣнить это начало къ возвращенію силы закону, не отмѣненному, а только пріостановленному въ дѣйствіи по отношенію къ его временному замѣстителю? что дѣлать съ нарушеніями велѣній этого калифа на часъ? Зараза или эпидемія, вызвавшія исключительныя мѣры (3 ч. 206 ст.), или война и т. д., прекратились; военное положеніе, положеніе усиленной охраны и т. п. объявлены снятыми; безопасность въ Закавказьѣ признана возстановленною, и особенныя правила объ отвѣтственности по законамъ военнаго времени за нѣкоторыя преступленія туземцевъ отмѣнены, и т. д. Можно ли и послѣ этого наказывать или подвергать усиленной отвѣтственности за дѣянія, воспрещенныя или особо наказуемыя по этимъ временнымъ законамъ? Отвѣтъ на это представляется, конечно, болѣе труднымъ, но, полагаю, разрѣшаемымъ по общимъ началамъ при надлежащемъ различеніи самой природы этихъ временныхъ законовъ, cessante legis ratio, cessat lex ipsa; поэтому, если законодатель признаетъ, что условія, требовавшія примѣненія чрезвычайныхъ мѣръ, прекратились, спокойствіе возстановлено, и признаетъ это формально, прямымъ выраженіемъ своей воли, то, казалось бы, нѣтъ болѣе и основаній примѣнять эти чрезвычайныя мѣры строгости: онѣ утратило ratio legis. Другое дѣло, если эти особенныя обстоятельства мѣста и времени являются въ законѣ лишь условіями, усиливающими или уменьшающими вину и отвѣтственность, которыя предусмотрѣны въ общемъ законѣ, постоянно существуютъ, но не всегда проявляются, и при наступленіи или прекращеніи которыхъ не требуется особаго объявленія законодательной власти. Едва ли у кого можетъ даже возникнуть предположеніе, что постановленіе закона объ усиленной наказуемости кражи ночью можетъ быть примѣняемо только въ томъ случаѣ, если постановленіе приговора и его исполненіе будутъ происхо-

дить по ночамъ, или что нарушеніе благопристойности на сценѣ должно быть признано ненаказуемымъ дѣяніемъ, какъ скоро дѣло разсматривается и приговоръ постановляется на первой недѣлѣ великаго поста, когда всѣ театры закрыты; при такомъ предположеніи смѣшали бы производство суда съ учиненіемъ преступныхъ дѣяній. Но то же нужно сказать и о наказуемости дѣяній, положимъ, предусмотрѣнныхъ въ статьяхъ 238 ч. 2, имѣющихъ въ виду крайнюю нужду; 242, 243, 247, трактующихъ о недозволенномъ времени учиненія и т. д.; т. е. виновные въ нарушеніи этихъ постановленій отвѣчаютъ, хотя бы во время суда голодная нужда и т. п. перестали существовать; ростовщикъ, отвѣчающій за то, что онъ воспользовался стѣсненнымъ положеніемъ жертвы, отвѣчаетъ, хотя бы его паціентъ во время суда—выигралъ 200,000 р.; прекращеніе указанныхъ условій не только не отмѣняетъ ихъ, какъ запретовъ, отъ законодательной власти исходящихъ, но даже не дѣлаетъ эти постановленія чинами запаса, оно только выводитъ ихъ изъ передней цѣпи, оставляя, однако, въ строю, со всѣми вытекающими отсюда послѣдствіями.

9) По закону 1846 г. новое уложеніе о наказаніяхъ 1845 г., хотя и примѣнялось ко всѣмъ дѣламъ, не получившимъ еще окончательнаго разрѣшенія, но, однако, за исключеніемъ тѣхъ случаевъ, когда по уложенію 1845 г. было назначаемо наказаніе болѣе строгое, чѣмъ по своду законовъ, слѣдовательно, въ этихъ послѣднихъ случаяхъ, какъ это было подтверждено инструкціею, суды примѣняли сводъ законовъ. По ст. 14 дѣйствующаго уложенія этотъ вопросъ поставленъ совершенно иначе, такъ какъ даже и въ томъ случаѣ, когда по прежде дѣйствовавшимъ законамъ, т. е. по уложенію или уставу о наказаніяхъ, за судимое дѣяніе назначалось меньшее наказаніе, судъ не можетъ примѣнить прежній законъ, ибо онъ уже безжизненъ, антиквированъ, а меньшая наказуемость принимается лишь въ разсчетъ при опредѣленіи мѣры отвѣтственности.

10) Поэтому и въ подобныхъ случаяхъ судъ все-таки примѣняетъ, какъ особенную, такъ и общую часть новаго уголовнаго уложенія.

11) Но будетъ ли по закону обязательно примѣненіе стараго болѣе мягкаго закона, или же болѣе мягкій прежній законъ будетъ приниматься во вниманіе при опредѣленіи мѣры отвѣтственности по новому уложенію, во всякомъ случаѣ, суду приходится признать или старый или новый законъ болѣе мягкимъ. Но какъ опредѣлить сравнительную мягкость закона? По размѣру законной угрозы, или по размѣрамъ наказанія, которому подлежитъ данный случай? Инструкція 1846 г. принимала оба способа. Съ одной стороны, въ инструкціи, a priori, указывались тѣ преступныя дѣянія, относительно которыхъ долженъ быть примѣняемъ сводъ, а не уложеніе, слѣдовательно, вопросъ рѣшался по угрозѣ закона; но въ то же время далѣе было указано, что если въ уложеніи новомъ опредѣлено нѣсколько наказаній, и по обстоятельствамъ дѣла виновный подлежитъ наказанію меньшему и въ то же время болѣе снисходительному, нежели указанное въ сводѣ, то примѣняется новый законъ, т. е. сравненіе дѣлалось по обстоятельствамъ отдѣльнаго дѣла. Сходное толкованіе нужно принять и для дѣйствующаго уложенія. Законъ говоритъ, что снисхожденіе должно имѣть мѣсто, если за сіе дѣяніе было *установлено* прежнимъ закономъ менѣе строгое наказаніе, слѣдова-

тельно, имѣетъ въ виду только различіе въ угрозѣ закона; поэтому, если по уложенію о наказаніяхъ была назначена тюрьма отъ 8 м.—1 г. 4 м., а по новому исправительный домъ, то судъ не можетъ признать старый законъ болѣе суровымъ и не можетъ не примѣнить 14 статью, основываясь на томъ только соображеніи, что по новому закону судъ можетъ перейти къ тюрьмѣ и назначить ее даже на двѣ недѣли, и наоборотъ, если по новому закону назначенъ исправительный домъ, а по старому ссылка на поселеніе, то старый законъ долженъ быть во всякомъ случаѣ признаваемъ болѣе суровымъ, хотя бы по статьѣ 150 и по закону 1900 г. Іюня 10 можно было при переходѣ къ 31 статьѣ назначить отдачу въ арестантскія отдѣленія или даже въ крѣпость на срокъ менѣе $1^1/_2$ года; но это разсужденіе не примѣнимо, если и по старому и по новому закону назначено однородное наказаніе, но съ разными предѣлами. Если въ старомъ законѣ за данное дѣяніе назначена была, положимъ, каторга отъ 8—12 лѣтъ, а по новому—каторга отъ 14—15 лѣтъ, то судъ не можетъ сказать, a priori, который законъ снисходительнѣе; равнымъ образомъ, не можетъ образовать изъ двухъ законовъ одинъ наиболѣе снисходительный къ подсудимому, напр., въ данномъ случаѣ, взявъ maximum отъ одного и minimum отъ другаго, т. е. не можетъ признать угрозою закона каторгу отъ 4—12 лѣтъ, а долженъ сначала рѣшить, какой мѣрѣ наказанія подлежитъ виновный—низшей, средней или высшей, и затѣмъ сравнить, по какому закону выбранная мѣра будетъ снисходительнѣе для подсудимаго.

12) Такому сравненію подлежитъ отвѣтственность за дѣяніе въ полномъ его объемѣ, т. е. не только съ родовыми, но и съ видовыми признаками; поэтому, если дѣяніе составляетъ квалифицированный или привилегированный видъ преступленія, то судъ, разумѣется, долженъ принять во вниманіе эти особенности и сравнивать, напр., наказуемость третьяго воровства по дѣйствующему уложенію съ 3-ю кражею по уложенію 1845 г.; то же нужно сказать и о личныхъ элементахъ состава, если таковыя, напр., юность, силою закона, а не судейскаго усмотрѣнія, измѣняютъ наказуемость. Равнымъ образомъ, при этомъ сравненіи должны быть принимаемы въ разсчетъ, насколько возможно, не только главныя наказанія, но и дополнительныя взысканія.

13) При этомъ, такъ какъ по статьѣ 14 нормальнымъ считается примѣненіе новаго закона, то во всѣхъ случаяхъ сомнѣнія объ относительной мягкости того или другаго рода наказанія или условій, опредѣляющихъ мѣру отвѣтственности—такое сомнѣніе должно рѣшаться въ пользу новаго закона.

14) Самый порядокъ примѣненія болѣе снисходительнаго закона представляется различнымъ. По указу 1846 г., судъ въ этихъ случаяхъ долженъ былъ примѣнять старый болѣе мягкій законъ, причемъ указъ оставлялъ безъ всякаго поясненія, какъ должно было осуществляться это требованіе, т. е. долженъ ли былъ при этомъ судья примѣнять всю общую часть стараго закона, примѣнять прежній родъ наказанія, способъ его отбытія и т. д.; напротивъ того, уложеніе не требуетъ примѣненія прежняго, болѣе снисходительнаго наказанія, а ставитъ такое положеніе, что судъ, признавъ, что судимое имъ дѣяніе подлежало бы по закону времени его учиненія меньшему наказанію, чѣмъ по новому уложенію, принимаетъ это соображеніе за обстоятельство, обязательно уменьшающее вину, въ предѣлахъ, установленныхъ

ст. 53 проекта. «Въ тѣхъ же случаяхъ, прибавляетъ объяснительная записка, когда различіе между прежнею и новою наказуемостью, по мнѣнію суда, представлялось бы столь значительнымъ, что уменьшеніе наказанія въ предѣлахъ ст. 46 (53) казалось бы недостаточнымъ, суду предоставляется право ходатайствовать въ порядкѣ, ст. 775 уст. угол. суд. установленномъ, о полномъ помилованіи или болѣе значительномъ смягченіи участи подсудимаго.

15) Конечно, возможно себѣ представить и такіе случаи, что съ момента учиненія преступнаго дѣянія и до момента осужденія виновнаго смѣнились не два, а три закона. Французскій кассаціонный судъ, германское уложеніе, а за нимъ и весьма многіе изъ нѣмецкихъ и французскихъ криминалистовъ, допускаютъ въ этихъ случаяхъ примѣненіе наиболѣе мягкаго изъ всѣхъ трехъ законовъ [1]), на томъ основаніи, что медленность производства не можетъ служить основаніемъ ограниченія права подсудимаго; но такое толкованіе, едва ли соотвѣтствующее логикѣ, для русскаго права невозможно ни по смыслу указа 1846 г., ни по дѣйствующему уложенію: они оба допускаютъ сравненіе только между закономъ времени учиненія и закономъ времени примѣненія наказанія.

16) Особыя постановленія содержатъ указъ 27 Марта и дѣйствующее уголовное уложеніе относительно давности. Конечно, если ко времени вступленія новаго закона въ силу прежнее дѣяніе было уже погашено давностью, то не можетъ быть и рѣчи о его наказуемости по новому закону. Но если давность не истекла? Какъ исчислять сроки давности, по старому или новому закону? Какъ примѣнять новые виды давности, напр., введенную уложеніемъ давность приговора и наказанія? Указъ 1846 г. постановлялъ, что всѣ преступныя дѣянія, по коимъ истекла установленная прежними законами давность и по коимъ до того числа никакого производства не было, покрываются сею давностью. Сіе правило примѣняется и къ тѣмъ дѣяніямъ, которыя по новому уложенію покрываются давностью кратчайшею и по коимъ производства не было до 1 Мая; но затѣмъ самый вопросъ о томъ, какой законъ о давности долженъ быть примѣняемъ, если давность не истекла до 1-го Мая, остался безъ отвѣта. Практика нашего Сената (рѣшенія по дѣламъ Васильева 67/48 и Якубинскаго 71/600) разрѣшила его въ смыслѣ примѣненія новыхъ законовъ. Вполнѣ опредѣленно это положеніе выражено въ дѣйствующемъ уложеніи, которое постановляетъ: срокъ давности, устраняющій наказуемость преступнаго дѣянія, исчисляется по закону, дѣйствовавшему во время учиненія сего дѣянія, или постановленія по оному приговора, если закономъ этимъ установленъ срокъ болѣе краткій, чѣмъ по закону новому.

17) Наконецъ, указъ 27 Марта 1846 г. содержалъ спеціальное правило относительно преступныхъ дѣяній, преслѣдуемыхъ въ порядкѣ частнаго обвиненія, допуская, что если какое либо дѣяніе по уложенію отнесено къ частнымъ, то это требованіе примѣняется и ко всѣмъ прежнимъ дѣяніямъ, преслѣдовавшимся по своду въ порядкѣ публичномъ, если только по нимъ не

---

[1]) Это положеніе прямо выражено въ кодексѣ Венгерскомъ.

состоялось окончательнаго рѣшенія; производство по такимъ дѣламъ пріостанавливалось и могло получить движеніе только въ силу принесенной жалобы. Такой же взглядъ проводила и наша кассаціонная практика (рѣшеніе по дѣлу Постникова 68/162); уголовное уложеніе не упоминаетъ объ этихъ случаяхъ, относя все ученіе о частномъ преслѣдованіи къ процессу, а такъ какъ по общему правилу новый процессуальный законъ примѣняется и къ дѣяніямъ, подлежащимъ сужденію по вступленіи его въ силу, но учиненнымъ ранѣе, то это общее положеніе должно быть примѣняемо и къ данному частному случаю.

§ 9. Границы дѣйствія уголовнаго закона въ пространствѣ.

74. Законъ, какъ выраженіе авторитетной государственной воли, дѣйствуетъ, говоря общимъ образомъ, въ предѣлахъ государства, гдѣ властвуетъ эта воля, повелѣвающая и грозящая даже уголовными карами за неисполненіе ея велѣній. Но такъ какъ въ современномъ цивилизованномъ мірѣ государства не живутъ изолированно, а многообразно соприкасаются съ другими, столь же самостоятельными государственными единицами, то естественно, что такое соприкосновеніе вполнѣ возможно и при примѣненіи законовъ вообще, а въ частности законовъ уголовныхъ. Поэтому необходимо, во-1-хъ, опредѣлить пространство или предѣлы дѣйствія уголовнаго закона, и во-2-хъ, установить основанія для разрѣшенія столкновеній, которыя могутъ возникнуть между законами отдѣльныхъ государствъ.

Пространство дѣйствія уголовнаго закона опредѣляется территоріею государства [1]). Такъ, на основаніи ст. 168 уложенія о нак. 1845 г., «дѣйствію сего уложенія подлежали въ равной мѣрѣ всѣ россійскіе подданные въ предѣлахъ государства», а на основаніи ст. 170, «иностранцы, въ Россіи жительствующіе или временно пребывающіе, подлежали дѣйствію уголовныхъ законовъ наравнѣ съ подданными»; причемъ эти правила относились какъ къ уложенію, такъ и къ уставу мировому. Короче выражаетъ то же положеніе ст. 4 дѣйствующаго уложенія: «дѣйствіе сего уложенія распространяется на преступныя дѣянія, учиненныя въ предѣлахъ Россіи какъ россійскими подданными, такъ и иностранцами». На основаніи этой статьи, дѣйствію уголовнаго уложенія подлежатъ всѣ преступныя дѣянія, учиненныя русскими подданными, природными и натурализованными, а равно и иностранцами, хотя бы на короткій срокъ прибывшими въ Россію, такъ какъ, по основнымъ началамъ международнаго права, всякій иностранецъ, переступившій предѣлы государства, пользуясь полною охраною своихъ правъ наравнѣ съ туземцами, обязанъ и полнымъ подчиненіемъ требованіямъ мѣстныхъ законовъ [2]). Нѣко-

---

[1]) Изложеніе этихъ вопросовъ такъ называемаго международнаго уголовнаго права можно найти въ учебникахъ и руководствахъ какъ уголовнаго права, такъ и права международнаго. Въ особенности Мартенсъ, Современное международное право цивилизованныхъ народовъ 2 т., 4 изд. 1898—1900 г. т. II, глава 2-я; подробныя указанія на нѣмецкую литературу у Binding, Handbuch, § 78 пр. 1.

[2]) Нѣкоторые европейскіе кодексы, напр. Германское уложеніе, § 3, также въ самомъ текстѣ указываютъ на равноотвѣтственность иностранцевъ.

торыя ограниченія въ семъ отношеніи указаны въ отдѣльныхъ статьяхъ особенной части, въ коихъ прямо указано, что виновниками этихъ дѣяній могутъ быть только россійскіе подданные (ст. 108, 109, 110, 118,), и которыя поэтому не относятся къ иностранцамъ, если объ этомъ не будетъ сдѣлано особаго указанія въ законѣ (ст. 119 ч. I).

Но что такое предѣлы Россіи или, другими словами, территорія государства [1]).

Территорія есть пространство суши и воды, а равно и находящееся надъ ними воздушное пространство [2]), подчиненныя верховной власти государства; это понятіе территоріи можетъ быть названо реальнымъ. Границы реальной территоріи государства могутъ быть опредѣляемы или естественными, географическими признаками, или признаками искусственными, на основаніи трактатовъ и установившихся обычаевъ. Такимъ образомъ,къ реальной территоріи Россіи принадлежатъ всѣ внутреннія воды, рѣки, озера, моря, но не соединяющіяся съ океаномъ и окруженныя со всѣхъ сторонъ нашими владѣніями; что касается моря Каспійскаго, то хотя оно окружено не одними нашими, но и персидскими владѣніями, однако, на основаніи ст. VIII туркменчайскаго договора съ Персіею, отъ 10 Февраля 1828 г., оно можетъ почитаться нашимъ территоріальнымъ моремъ, ибо хотя оно и свободно для торговыхъ судовъ обѣихъ державъ, но только русскія военныя суда могутъ плавать въ этомъ морѣ.

Относительно внѣшнихъ морскихъ границъ принято общимъ правиломъ, что прибрежныя государства простираютъ свою власть на разстояніи пушечнаго выстрѣла отъ берега (Bynkershock, de dominio maris): terrae dominium finitur, ubi finitur armorum vis. Но въ виду неопредѣленности и измѣнчивости этого признака, стоящаго въ прямой зависимости отъ успѣховъ артиллеріи, въ современныхъ международныхъ отношеніяхъ большинство государствъ опредѣляютъ такую границу по соглашенію, а именно, обыкновенно трехмильнымъ разстояніемъ отъ берега (3 морскихъ мили или 5,556 метр.); въ послѣднее время проявляется стремленіе расширить эти предѣлы до шести и даже до десяти миль. Сообразно съ этимъ, Азовское море, хотя и имѣющее соединеніе съ океаномъ, должно считаться русскимъ моремъ, такъ какъ оно окружено нашими владѣніями, и составляющій входъ въ него Керчь-Еникальскій проливъ уже двухъ пушечныхъ выстрѣловъ. Кромѣ того, къ территоріальному морю причисляются и тѣ части открытаго моря, какъ заливы, рейды, бухты и т. п., которыя окружены владѣніями даннаго государства (ср. 72/1239, Сваэлоса). На этомъ основаніи, къ террито-

---

1) Опредѣленіе этого понятія относится, конечно, къ области международнаго права. Ср. Мартенсъ, т. I, §§ 88 и сл.; А. Гефтеръ, Европейское международное право, русск. пер. Таубе, 1880 г. §§ 65 и сл.; Ch. Calvo, Droit international théorique et pratique, 3 изд. 1880 г., I, §§ 229 и сл. Ср. спеціальное изслѣдованіе по этому вопросу: H. Harburger, Der strafrechtliche Begriff Inland und seine Beziehungen zum Völkerrecht und Staatsrecht, 1882 г.

2) Вопросъ о включеніи въ понятіе реальной территоріи воздушнаго пространства получаетъ практическое значеніе нынѣ, напр., въ случаяхъ шпіонства въ мирное время, при снятіи плановъ крѣпостей, укрѣпленнаго лагеря и т. п. съ воздушнаго шара. Ср. Bar, Lehrbuch, стр. 338.

ріальнымъ морямъ Россіи должны быть причислены и заливы Финскій и Рижскій.

Реальная территорія опредѣляетъ пространство дѣйствія уголовнаго закона, но допуская въ семъ отношеніи извѣстныя ограниченія. Могутъ быть уголовно-наказуемыя дѣянія, учиненныя на нашей территоріи, но изъятыя изъ-подъ дѣйствія нашего уголовнаго закона, и, наоборотъ, могутъ быть посягательства, учиненныя внѣ предѣловъ территоріи, но подлежащія дѣйствію нашихъ законовъ. Такимъ образомъ, параллельно съ понятіемъ реальной территоріи возникаетъ понятіе территоріи фиктивной, которое частью шире, частью у́же перваго. Эти расширеніе и ограниченіе въ свою очередь могутъ основываться или на началахъ права или на договорахъ,—а объемъ расширенія и ограниченія реальной территоріи опредѣляется по принципамъ, хотя и аналогичнымъ, но не тождественнымъ.

75. Ограниченія установляются или по началамъ права государственнаго или по международнымъ основаніямъ [1]).

По началамъ права государственнаго, начиная съ эпохи римской имперіи, въ монархіяхъ, какъ неограниченныхъ, такъ и ограниченныхъ [2]), не подлежитъ дѣйствію законовъ уголовныхъ глава государства, какъ источникъ законодательной и судебной власти, princeps legibus solutus est. Какъ говоритъ графъ Сперанскій [3]), «ни въ какомъ случаѣ самодержецъ не подлежитъ суду человѣческому, но во всякомъ случаѣ онъ подлежитъ суду совѣсти и суду Божію». Эта безотвѣтственность объемлетъ собою какъ частную, такъ и публичную дѣятельность монарха. Отвѣтственность министровъ въ конституціонныхъ монархіяхъ, за нарушеніе конституціи правительствомъ, есть отвѣтственность личная, а не можетъ разсматриваться, какъ фиктивная отвѣтственность монарха [4]).

Но это изъятіе не распространяется на членовъ царствующаго дома, такъ какъ и по нашимъ основнымъ законамъ (ст. 94—98 учр. Имп. фам.) «они обязуются къ лицу царствующаго, яко къ главѣ дома и самодержцу, совершеннымъ почтеніемъ, повиновеніемъ, послушаніемъ и подданствомъ»; царствующій императоръ имѣетъ всегда власть «отрѣшить неповинующагося отъ его правъ и поступать съ нимъ яко преслушнымъ волѣ монаршей» [5]).

---

[1]) Подробности въ моемъ курсѣ русскаго уголовнаго права, I, №№ 160 и сл.

[2]) Единственное, да и то мнимое исключеніе представляла французская конституція 1852 г. 14 Января, по которой императоръ французовъ признавался отвѣтственнымъ передъ французскимъ народомъ. По конституціи 1875 г. президентъ республики отвѣчаетъ только за crime haute trahison, причемъ обвинительною камерою является палата депутатовъ, а судомъ — сенатъ; но нѣкоторые французскіе писатели полагаютъ, что это указываетъ только на безотвѣтственность его за другія политическія преступныя дѣянія, а не за общія. Ср. Laborde, № 83.

[3]) Руководство къ познанію законовъ, стр. 57.

[4]) Ср. L. Ferstel, Histoire de la responsabilité criminelle des ministres en France, 1899.

[5]) Постановленія эти взяты изъ учрежденія объ императорской фамиліи 1797 г. Примѣромъ такого суда является осужденіе царевича Алексѣя Петровича 1719 г. Судъ надъ нимъ былъ составленъ изъ знатнаго духовенства, министровъ, сенаторовъ и генералитета; приговоръ, присуждавшій его къ смертной казни, былъ подписанъ 26 лицами.

Въ государствахъ конституціонныхъ существуетъ еще одно изъятіе по началамъ государственнаго права, а именно безотвѣтственность членовъ законодательныхъ собраній за рѣчи и мнѣнія, высказанныя ими во время отправленія ихъ обязанностей (immunité parlementaire), но это изъятіе относится не столько къ качеству лица, сколько къ условіямъ дѣятельности; отвѣтственность ихъ существуетъ только въ видѣ дисциплинарныхъ мѣръ, принимаемыхъ собраніемъ или его предсѣдателемъ [1]).

76. Несравненно большія изъятія допускаются по принципамъ международнаго права, а именно по началу внѣземельности или экстерриторіальности, въ силу коего извѣстныя лица, хотя и пребывающія въ нашей странѣ, признаются болѣе или менѣе изъятыми изъ-подъ дѣйствія нашихъ законовъ. Изъятія эти установились только мало-по-малу въ международныхъ отношеніяхъ [2]), и, въ силу его признанія законодательною властью отдѣльныхъ государствъ обратились въ право внѣземельности извѣстной группы лицъ. Всего полнѣе оно примѣняется къ законамъ уголовнымъ, такъ какъ осуществленіе карательнаго права именно предполагаетъ то стѣсненіе личности, для устраненія коего и выработался данный институтъ [3]). Уложеніе 1845 г. не содержало

---

1) Ср. Bar, Redefreiheit der Mitglieder gesetzgebender Versammlungen, 1868 г.; Heinze, Strafbarkeit parlamentarischen Rechtsverletzungen, 1879; Kissling, Die Unverantwortlichkeit der Abgeordneten und der Schutz gegen Missbrauch derselben, 2 изд. 1885 г.; Seidler, Die immunität der Mitglieder der Vertretungskörper nach österr. Recht, 1891 г.; G. Schwedler, Parlamentarische Rechtsverletzungen nach deutschem Reichsrecht, 1898 г. Ср. французскую конституцію 1875 г. § 13 и дополнительный законъ 1891 г. Іюля 29; Германскую имперскую конституцію ст. 30 и § 11 угол. улож., которыя установляютъ безнаказанность и для членовъ собраній отдѣльныхъ государствъ.

2) Впрочемъ, правомѣрность этого изъятія имѣетъ въ наукѣ сильныхъ противниковъ. Таковы изъ прежнихъ H. von Coccej, а изъ новыхъ—Pinheiro-Ferreiro, и въ особенности Laurent; за признаніе права внѣземельности высказались еще Grotius, Bynkershock, Puffendorf. Указанія на постановленія нашего древняго права у Андреевскаго, О правахъ иностранцевъ въ Россіи, 1854 стр. 42 и сл.

3) Литературныя указанія у Binding, Handbuch, § 141 пр. 2; Gottschalk, Exterritorialität der Gesandten, 1878 г.; Heyking, L'exterritorialité, 1889 г.; E. Beling, Die strafrechtliche Bedeutung der Exterritorialität, 1896; Lehr, Manuel théorique et pratique des agents diplomatiques et consulaires français et étrangers, 1888 г.; Odier, Des priviléges et immunités des agents diplomatiques en pays de Chrétienté, 1890 г. C. Droin, L'exterritorialité des agents diplomatiques, 1895 г. Въ этихъ монографіяхъ, а равно и въ курсахъ международнаго права и международнаго уголовнаго права въ частности, можно найти болѣе подробное изложеніе основаній, характера и объема права внѣземельности или экстерриторіальности. Нельзя, однако, не замѣтить, что въ литературѣ, въ особенности у публицистовъ, царствуетъ полнѣйшая спутанность юридическихъ понятій, смѣшеніе основаній и объема, факта и права, въ видѣ, напр., противоположенія фикціи внѣземельности праву внѣземельности, смѣшенія понятія внѣземельности съ понятіемъ неприкосновенности особы. Несомнѣнно, что въ современныхъ международныхъ отношеніяхъ внѣземельность изъ факта становится правомъ, но далеко не одинаково для различныхъ субъектовъ международныхъ сношеній, такъ что и нынѣ существуютъ такіе субъекты, изъятіе коихъ является пока фактомъ международной вѣжливости, а не правомъ; что внѣземельность по отношенію къ государству, въ коемъ пребываютъ эти лица, заключается въ изъятіи ихъ въ извѣстныхъ случаяхъ изъ-подъ дѣйствія законовъ сего государства, а по отношенію къ странѣ, которую они представляютъ, подчиненіи ихъ дѣйствію ея законовъ въ объемѣ бо́льшемъ, чѣмъ другихъ гражданъ, за границею пребывающихъ. По отношенію къ объему неподсудности мѣстнымъ законамъ необходимо различать свойство правоотношеній, такъ какъ изъятія будутъ иныя въ области уголовнаго (матеріальнаго или процессуальнаго), гражданскаго, полицейскаго и финансоваго и т. д. правъ; наконецъ, при установленіи основаній права внѣземельности нужно различать исто-

никакого общаго положенія по этому предмету, а указывало только на отдѣльныя изъятія дипломатическихъ агентовъ (стр. 171) и иностранныхъ вспомогательныхъ войскъ (примѣч. къ ст. 175), возбуждая этимъ ограничительнымъ перечнемъ недоразумѣнія на практикѣ о примѣненіи внѣземельности и къ другимъ категоріямъ лицъ, напр., къ экипажу военныхъ кораблей и т. п. Напротивъ того, уложеніе дѣйствующее въ ст. 5 содержитъ общее постановленіе о томъ, что дѣйствіе уложенія не распространяется на преступныя дѣянія иностранцевъ, пользующихся въ Россіи правомъ внѣземельности, предоставляя точное установленіе этой группы на основаніи началъ международнаго права и практики.

Таковымъ правомъ внѣземельности пользуется прежде всего глава иностраннаго государства[1]), причемъ это изъятіе относится какъ къ главѣ государства монархическаго, такъ и къ главѣ исполнительной власти въ республикѣ[2]).

Но, конечно, для осуществленія этого права необходимо: 1) чтобы данное лицо не только пользовалось фактически верховною властью въ другомъ государствѣ, но чтобы оно было признано и нами; 2) чтобы это лицо не утратило принадлежащей ему власти верховной; причемъ въ этомъ отношеніи недостаточно, чтобы данное лицо фактически утратило власть, но необходимо, чтобы эта утрата была признана нами путемъ, напр., признанія законнымъ новаго правительства иноземной державы; сохраненіе титула и извѣстныхъ почестей за лишеннымъ власти монархомъ не равносильно признанію его, попрежнему, главою иностранной державы; 3) чтобы держава, глава которой находится на нашей территоріи, не состояла съ нами въ войнѣ; въ послѣднемъ случаѣ это лицо, какъ непріятель, не можетъ пользоваться внѣземельностью.

Такою внѣземельностью эти лица могутъ пользоваться, конечно, только въ томъ случаѣ, когда они находятся въ нашей странѣ не какъ частныя лица,

---

рическую основу цѣлесообразности, а потому и необходимости признанія независимости этихъ лицъ отъ мѣстныхъ властей, безъ которой немыслимо исполненіе возложенныхъ на этихъ лицъ обязанностей, отъ попытокъ правооснованій, въ видѣ ли фикціи неоставленія этими лицами территоріи государства, которое они представляютъ, или фикціи воплощенія въ нихъ суверенности государства, устраняющаго возможность подчиненія ихъ властямъ другого государства.

1) Но большинство писателей согласно въ томъ, что эта фикція не можетъ служить основаніемъ для признанія права непосредственнаго осуществленія принадлежащихъ этому лицу правъ на территоріи другаго государства, напр., не можетъ распространяться на право суда надъ членами его свиты, насколько проявленіе этихъ правъ не соотвѣтствуетъ мѣстнымъ законамъ.

2) Это положеніе не почитается безспорнымъ. Нѣкоторые, напр., Heyking, стр. 122, прямо высказываются противъ этого приравненія, хотя теперь, послѣ поѣздки президента Фора въ Россію и церемоніала его встрѣчи, воззрѣніе Гейкинга представляется практически страннымъ: президентъ французской или американской республики, принимаемый нашимъ Императоромъ, какъ главенствующій представитель могущественной державы, не будетъ пользоваться тѣми правами, которыя принадлежатъ маленькому секретарю посольства этой державы? Защитники противоположнаго взгляда основываются на томъ, что начало внѣземельности монарховъ покоится на началѣ личной неподсудности сюзереновъ и по законамъ ихъ страны, на принципѣ равенства сюзереновъ, но они забываютъ, что главное основаніе внѣземельности—это суверенность государства, которое они представляютъ; съ другой стороны, по этимъ воззрѣніямъ Наполеонъ III, будучи императоромъ, не пользовался бы внѣземельностью, такъ какъ онъ по конституціи былъ отвѣтственъ; наконецъ, нельзя не прибавить, что дѣйствующее уложеніе во всѣхъ своихъ статьяхъ, въ коихъ упоминается о посягательствахъ на главу иностраннаго государства имѣетъ въ виду и республиканскія государства.

а какъ главы иностраннаго государства; въ томъ случаѣ, когда они являются инкогнито, они, разумѣется, разсматриваются такъ же, какъ частныя лица, хотя также несомнѣнно, что такое лицо во всякое время можетъ раскрыть свое инкогнито и воспользоваться суверенным правомъ, ему принадлежащимъ [1]). Соправители и регенты государства пользуются тѣми же правами, какъ и монархи.

Но эта внѣземельность не распространяется, по началамъ международнаго права, на членовъ царствующихъ домовъ, включая сюда и супругу иностраннаго государя. Если на практикѣ такое признаніе и допускается, то оно можетъ основываться только на началахъ дружбы, но не составляетъ международной обязанности. Нѣкоторые, впрочемъ, писатели по международному праву (Гефтеръ, Кальво) допускаютъ признаніе права внѣземельности для наслѣдника престола [2]).

Другую группу образуютъ дипломатическіе агенты, причемъ исторически ихъ изъятіе даже предшествовало развитію идеи о внѣземельности главы государства. Уполномоченный другого народа или страны и во время враждебныхъ отношеній, во время войны, у всѣхъ народовъ, даже стоящихъ сравнительно на низкихъ ступеняхъ цивилизаціи, пользовался правомъ неприкосновенности, насиліе по отношенію къ нему со стороны власти или народа, къ которому онъ прибылъ, признавалась поступкомъ, достойнымъ порицанія. Еще полнѣе примѣнялся этотъ принципъ неприкосновенности къ посольствамъ народовъ не враждебныхъ, находившихся въ мирѣ, такимъ образомъ выработались идеи о неприкосновенности личности посла и о изъятіи его изъ-подъ дѣйствія мѣстныхъ законовъ. Съ появленіемъ постояннаго представительства иноземныхъ державъ, постоянныхъ дипломатическихъ миссій, принципъ ихъ личной неприкосновенности не только не поколебался, но и окрѣпъ, считаясь нынѣ однимъ изъ непререкаемыхъ положеній международнаго права. Самое свойство ихъ дѣятельности и возложенныхъ на нихъ порученій требуетъ такой свободы; какъ говорилъ еще Монтескье: «les ambassadeurs sont la parole du prince, qui les envoie, et cette parole doit etre libre» [3]). Къ этимъ практическимъ соображеніямъ присоединяется и идея о томъ, что такіе уполномоченные представители другихъ государствъ должны пользоваться тѣмъ уваженіемъ, которое подобаетъ самому государству, что посягательство на ихъ личность совмѣщаетъ въ себѣ вмѣстѣ съ частнымъ вредомъ неуваженіе къ странѣ, которую онъ представляетъ; что, подобно тому какъ суверенное государство не можетъ быть подчинено дѣйствію законовъ другого государства, такъ и его представитель, какъ носитель этой суверенности, какъ таковой, не можетъ подлежать суду и наказанію по законамъ той страны, въ коей онъ находится. Этими основаніями опредѣляются объемъ и условія внѣземельности.

---

1) Указанія на отдѣльные примѣры возбужденія дѣлъ противъ иностранныхъ монарховъ, см. у Heyking'a § 32.

2) Harburger, в. с. стр. 208, полагаетъ, что и вся свита прибывшаго государя должна пользоваться правомъ внѣземельности. Ср. Мартенсъ, § 83.

3) Практическая необходимость изъятія признается даже писателями, отрицающими въ принципѣ фикцію внѣземельности.

Такъ какъ дипломатическіе агенты изъяты только какъ представители иностранныхъ государствъ, то, посколько отъ этого ихъ публичнаго характера можетъ быть отдѣлена ихъ частная личность съ ея имущественными и даже личными правами, на нее не распространяется и право экстерриторіальности. Поэтому, напр., и на членовъ миссіи распространяютъ свое дѣйствіе, по общему правилу, мѣстные гражданскіе законы[1]). Равнымъ образомъ, обязательны для нихъ всѣ существующія правила, охраняющія безопасность, порядокъ и спокойствіе. Безотвѣтственные за учиненныя ими преступныя дѣянія, они неоспоримо должны возможно тщательно воздерживаться отъ таковыхъ. «Независимость посланника, говоритъ Wattel, не должна обращаться въ своеволіе, она не даетъ ему права въ своихъ поступкахъ и дѣйствіяхъ отклоняться отъ обычаевъ и законовъ страны, насколько это не нарушаетъ его спеціальныхъ обязанностей; посланникъ независимъ, но онъ не имѣетъ права дѣлать все, что ему вздумается...., онъ долженъ подчиняться обычаямъ и законамъ, хотя судъ и не можетъ принудить его къ ихъ выполненію». «Первая обязанность посланника, замѣчаетъ Calvo, уважать правительство и власти того народа, у котораго онъ исполняетъ свои обязанности». Внѣземельность не уничтожаетъ преступности дѣянія, а она только препятствуетъ примѣненію къ нему мѣстныхъ уголовныхъ законовъ безъ согласія на то государства, коего виновный является представителемъ. Съ другой стороны, по отношенію къ уголовному праву они не только изъемлются изъ-подъ юрисдикціи мѣстныхъ судовъ и процессуальныхъ правилъ, но и изъ-подъ дѣйствія матеріальныхъ законовъ. Это положеніе имѣетъ существенную важность для опредѣленія условій отвѣтственности дипломатическихъ агентовъ за преступныя дѣянія, учиненныя внѣ предѣловъ государства, котораго они являются представителями. Если бы они пользовались только правомъ неподсудности мѣстнымъ судебнымъ учрежденіямъ, но признавались отвѣтственными по законамъ мѣста учиненія преступнаго дѣянія, то, напр., наши судебныя установленія, въ случаѣ судимости этихъ лицъ въ предѣлахъ Россіи, или должны бы были примѣнять иностранные уголовные законы, что, разумѣется, невозможно, или должны бы были примѣнять постановленія нашего уложенія, относящіяся къ преступнымъ дѣяніямъ, учиненнымъ за предѣлами Россіи, вслѣдствіе чего для нихъ создавалась бы въ извѣстномъ объемѣ полная безнаказанность, и иногда за тяжкія преступленія; такова бы, напр., была по уложенію о нак. 1845 г. безнаказанность члена нашей дипломатической миссіи, напр., секретаря посольства, иностраннаго подданнаго (что по началамъ международнаго права представляется возможнымъ) даже за убійство, учиненное имъ въ мѣстѣ его пребыванія, иностраннаго подданнаго, такъ какъ, въ силу принципа внѣземельности, онъ бы не могъ отвѣчать предъ мѣстными судьями, и такъ какъ, въ силу ст. 172 улож. 1845 г., убійство иностранцемъ иностранца за границею было не наказуемо. Очевидно, что изъятіе по фикціи внѣземельности должно быть пони-

1) Bar, Lehrbuch, стр. 340; при этомъ я имѣю въ виду гражданскіе матеріальные законы; изъятія изъ-подъ вѣдѣнія судебной власти распространяются у насъ и на гражданскіе суды. Ср. у. гр. суд. 225.

маемо шире, и русскій дипломатическій агентъ долженъ отвѣчать за преступныя дѣянія, учиненныя за границею, на томъ же основаніи, какъ русскій или иностранецъ за преступныя дѣянія, учиненныя въ Россіи [1]).

Наше уложеніе 1845 г. не содержало никакихъ указаній по сему предмету. Въ уставахъ 1864 г., ст. 1074 говорила только, что лица, служащія за границею, а слѣдовательно и дипломатическіе агенты, учинившіе проступки по службѣ внѣ предѣловъ отечества, по вызовѣ ихъ въ Россію, судятся въ С.-Петербургской судебной палатѣ.

Но въ новой редакціи устава уголовнаго судопроизводства, независимо отъ сего, содержится болѣе общее правило, что россійскіе подданные, пользующіеся внѣ предѣловъ Россіи правомъ внѣземельности, за преступныя дѣянія, учиненныя за сими предѣлами, по прибытіи въ Россію или выдачѣ ихъ намъ, судятся въ предѣлахъ округа С.-Петербургской судебной палаты, въ порядкѣ, правилами сего устава установленномъ. Равнымъ образомъ, этотъ принципъ провозглашенъ въ ст. 6 дѣйствующаго уложенія, которая гласитъ: «дѣйствіе сего уложенія распространяется на преступныя дѣянія, учиненныя въ иностранныхъ государствахъ россійскими подданными, пользующимися въ оныхъ правомъ внѣземельности» [2]).

Правомъ внѣземельности пользуются всѣ дипломатическіе агенты, безотносительно къ ихъ рангу: будутъ ли это чрезвычайные послы, посланники, министры, резиденты, повѣренные въ дѣлахъ. По общему правилу, предполагается, что таковыми будутъ органы постоянныхъ дипломатическихъ сношеній; но это не исключаетъ признанія внѣземельности и дипломатическихъ агентовъ, прибывшихъ въ Россію съ какою либо временною миссіею, напр., чрезвычайныхъ уполномоченныхъ, прибывшихъ на коронацію, на бракосочетаніе государя и т. п.; но такими уполномоченными нельзя признавать лицъ, являющихся къ нашему двору съ какими либо личными порученіями отъ иностраннаго монарха, или даже отъ націи, какъ скоро эти порученія не имѣютъ государственнаго значенія, напр., поднесеніе подарковъ, изъявленія благодарности. Во всякомъ случаѣ, эта внѣземельность относится только къ агентамъ дипломатическимъ и не распространяется на иностранныхъ консуловъ, находящихся въ Россіи, какъ это было спеціально разъяснено у насъ циркуляромъ министра юстиціи 13 Сентября 1867 г., хотя иногда въ конвенціяхъ (напр., испанско-русскій трактатъ 1876 г.) консуламъ выговариваются нѣкоторыя особыя процессуальныя права. Но наши консулы на Востокѣ имѣютъ дипломатическій характеръ, а потому на нихъ распространяется и внѣземельность [3]).

---

1) Въ германской литературѣ этотъ вопросъ вызвалъ въ 1874 г. оживленный споръ по поводу извѣстнаго дѣла германскаго посла въ Парижѣ графа Арнима. Защитникъ его Гольцендорфъ доказывалъ, что онъ подлежитъ отвѣтственности не по германскимъ, а по мѣстнымъ законамъ; то же мнѣніе защищаютъ Binding, Olshausen, Merkel, Beling. За изъятіе изъ-подъ дѣйствія матеріальнаго права въ особенности Harburger, Geyer.

2) То же начало высказано въ Ньюіоркскомъ уголовномъ уложеніи; большинство кодексовъ не содержатъ по этому предмету никакихъ законоположеній, предоставляя рѣшеніе его практикѣ.

3) См. Heyking, стр. 135 и сл.; Мартенсъ, § 24 и сл.

Труднѣе рѣшается этотъ вопросъ относительно военныхъ агентовъ и вообще лицъ должностныхъ, являющихся къ намъ для исполненія ихъ служебныхъ обязанностей; многіе писатели признаютъ ихъ изъятыми изъ-подъ дѣйствія мѣстныхъ законовъ, какъ скоро они находятся у насъ съ прямого согласія нашей власти [1]). Но мнѣ кажется, что едва-ли такое право ихъ на внѣземельность можетъ быть достаточно обосновано и притомъ не только относительно общихъ преступныхъ дѣяній, но и соприкасающихся съ возложенными на нихъ спеціальными порученіями. Трудно объяснить, почему чиновникъ министерства финансовъ, посланный за границу для реализаціи займа или какой нибудь иной операціи, или военный агентъ, слѣдящій за развитіемъ военной техники вообще или какой нибудь ея спеціальности въ частности, не могутъ подлежать мѣстному суду за учиненные ими подлоги, мошенничества, изнасилованіе? Сомнительно даже, чтобы можно было подыскать юридическое оправданіе для военнаго агента, выкрадывающаго нужный «документикъ» дислокаціи или мобилизаціи войскъ, снимающій потаенно планъ крѣпости или инымъ способомъ проявляющій шпіонство въ мирное время, или, какъ говоритъ Colonieu (Espionnage 1888 г.), узаконенное шпіонство. Онъ долженъ слѣдить и зорко слѣдить за тѣмъ, что дѣлается у добрыхъ сосѣдей, но на законномъ основаніи, feci, sed jure feci, и если пойдешь далѣе, то на свой рискъ и страхъ, памятуя, что взаимныя отношенія державъ выражаются въ подобныхъ случаяхъ въ афоризмѣ для одной стороны—не зѣвай, а для другой—не попадайся [2]).

Внѣземельность относится прежде всего къ самому дипломатическому представителю, но, по господствующимъ въ международномъ правѣ воззрѣніямъ, она распространяется и на офиціальныхъ членовъ посольства или миссіи; относительно же неофиціальныхъ лицъ, состоящихъ при посольствѣ, личныхъ секретарей посла, а равно и прислуги посла, вопросъ о неподсудности ихъ хотя и считается спорнымъ, но обыкновенно разрѣшается въ смыслѣ отрицательномъ, т. е. въ смыслѣ подчиненія этихъ лицъ мѣстнымъ законамъ, въ особенности, если они мѣстные подданные, за исключеніемъ развѣ курьеровъ, провозителей депешъ, но и то во время исполненія ими ихъ обязанности.

Супруга и вообще семья посланника, конечно, не имѣютъ права на внѣземельность; но, въ виду присвоиваемаго имъ права личной неприкосновенности, международные обычаи распространяютъ внѣземельность на супругу

---

1) Ср. Liszt, § 23; H. Meyer § 17. Мартенсъ, II § 5, справедливо указываетъ, что во время исполненія порученія такія лица пользуются правами дипломатическихъ агентовъ, если являются уполномоченными представителями своихъ государствъ, какъ, напр., члены международныхъ конгрессовъ или конференцій; но делегаты, агенты, комиссары, даже принимающіе участіе въ международныхъ собраніяхъ, такими правами не пользуются.

2) Послѣдніе процессы Парунова у насъ, Дрейфуса во Франціи указали на ту, иногда весьма непригладную роль, которую играютъ нѣкоторые военные агенты. Мартенсъ, II § 5, замѣчаетъ, что военные агенты могутъ претендовать на одинаковыя съ дипломатическими агентами права, если входятъ въ составъ посольства или аккредитованы при иностранномъ дворѣ въ качествѣ личныхъ представителей своихъ государей.

и на дѣтей, живущихъ при дипломатическомъ агентѣ и не занимающихъ никакого самостоятельнаго поста въ странѣ [1]).

«Неприкосновенность, какъ замѣчаетъ пр. Мартенсъ (§ 11), распространяется какъ на самихъ посланниковъ, такъ и на тѣ предметы, которые непосредственно связаны съ ихъ должностью и личнымъ достоинствомъ. На этомъ основаніи признаются неприкосновенными: жилище посланника, принадлежащая ему движимость и, въ особенности, переписка, бумаги и дѣла посольства, которыя ни въ какомъ случаѣ не могутъ быть конфискованы». Но распространяется ли вмѣстѣ съ неприкосновенностью на жилище или мѣсто пребыванія (домъ, вагонъ, пароходъ, карета) дипломатическаго агента и внѣземельность? До XVIII столѣтія такая внѣземельность мѣстопребыванія была общепризнана и отсюда выводили два начала: право убѣжища (droit d'asile) въ домѣ посольства и право неподчиненія мѣстнымъ уголовнымъ законамъ преступныхъ дѣяній, учиненныхъ въ домѣ посольства, а иногда даже такая внѣземельность распространялась на ту часть города, гдѣ жилъ посолъ (franchise des quartiers).

На основаніи права убѣжища, всякій преступникъ, успѣвшій скрыться въ домѣ посланника, разсматривался, какъ перебѣжавшій на чужую территорію, и не могъ подлежать непосредственному заарестованію со стороны органовъ мѣстной власти; но уже со временъ Hugo de Groot'a и Bynkershock'a это право не признается болѣе, какъ не соотвѣтствующее ни идеѣ государственной суверенности, ни правильнымъ международнымъ сношеніямъ. Какъ говоритъ Гефтеръ (§ 212), «посланникъ не имѣетъ никакого права укрывать въ своемъ жилищѣ или въ своемъ экипажѣ лицъ, обвиняемыхъ въ преступленіи, съ цѣлью освободить ихъ отъ уголовнаго преслѣдованія или способствовать ихъ бѣгству. Въ подобномъ случаѣ требуется только, чтобы, изъ уваженія къ посланнику и представляемому имъ государству, взятіе преступника было совершено съ возможною осторожностью и въ формѣ, не оскорбительной для посланника. Поэтому, если извѣстно, что преступникъ скрылся въ жилищѣ посланника, мѣстныя власти имѣютъ право не только окружить домъ стражей и принять извнѣ необходимыя мѣры, чтобы преступникъ не скрылся, но и взять преслѣдуемое лицо силою въ томъ случаѣ, когда посланникъ, несмотря на просьбу компетентной власти, отказывается выдать его добровольно. Но при обыскѣ власти должны избѣгать всего, что можетъ нарушить достоинство и права, принадлежащія посланнику и его домашнимъ».

Точно также не признается нынѣ и экстерриторіальность дома посланника. Въ послѣдній разъ въ международной практикѣ вопросъ этого рода возникъ въ 1867 г. Русскій подданный Никитченковъ, обратившійся въ русское

---

[1]) Необходимость полнаго изъятія изъ-подъ дѣйствія мѣстныхъ законовъ, какъ семей дипломатическихъ агентовъ, такъ и ихъ прислуги, хотя бы даже подданныхъ той страны, гдѣ находится посланникъ, доказываетъ Harburger, в. с., стр. 187 и сл., изъ прежнихъ — Binkershock, Wattel, Bluntschli. Другіе допускали такую привилегію, если прислуга принадлежитъ къ той же національности и преступное дѣяніе учинено въ домѣ посланника, напр., Calvo, в. с., № 554, Листъ, § 23; за полную подсудность прислуги—Bar, Berner, Ortolan.

посольство въ Парижѣ за помощью для отъѣзда на родину и получившій отказъ, выстрѣлилъ въ домѣ посольства въ секретаря Бальша. Наше правительство, въ виду того что преступное дѣяніе учинено въ домѣ русскаго посольства, русскимъ подданнымъ и противъ секретаря русскаго посольства, высказалось въ смыслѣ признанія Никитченкова подсуднымъ нашимъ законамъ; но французское правительство представило возраженія: во-1-хъ, что экстерриторіальность членовъ посольства имѣетъ значеніе только въ томъ случаѣ, когда они являются субъектами, а не объектами преступленія, и во-2-хъ, что мѣсто учиненія, т. е. домъ посольства, также не служитъ основаніемъ для устраненія примѣнимости законовъ французскихъ. Съ этими соображеніями согласилось и наше правительство, оговоривъ, что такая постановка вопроса должна быть прецедентомъ и на будущее время по отношенію къ дому французскаго посланника въ Петербургѣ [1]). Такимъ образомъ, единственныя привилегіи, которыя и нынѣ сохранились за жилищемъ посла, имѣютъ процессуальный характеръ и заключаются въ существованіи особыхъ правилъ о производствѣ обысковъ и выемокъ въ этихъ домахъ, однимъ словомъ, всего того, что можетъ прямо или косвенно нарушить принципъ неприкосновенности личности посла. Такъ и у насъ, по ст. 248 у. у. с., осмотры, обыски и выемки въ помѣщеніяхъ лицъ, пользующихся правомъ внѣземельности, а равно и на военныхъ корабляхъ, производятся не иначе, какъ по предварительному сношенію чрезъ министра юстиціи съ министерствомъ иностранныхъ дѣлъ, на основаніи 190 ст. учр. с. уст.; но никакихъ иныхъ ограниченій для производства слѣдственныхъ дѣйствій, относящихся до преступнаго дѣянія, учиненнаго въ домѣ посольства, или къ коему прикосновенна прислуга посольства и т. п., наши законы не установляютъ [2]).

Конечно, дипломатическій агентъ можетъ получить право внѣземельности съ момента вступленія его въ должность, т. е. съ момента принятія его въ качествѣ посланника главою того государства, въ которомъ онъ долженъ состоять, и врученія вѣрительной или кредитивной грамоты (lettre de créance). Но многіе авторитеты международнаго права, какъ, напр., Блюнчли, а равно и новѣйшая международная практика, признаютъ, что право на неприкосновенность и внѣземельность начинается съ того момента, какъ скоро посолъ переступилъ предѣлы государства. Кончается это право съ окончаніемъ миссіи или оставленіемъ поста, внѣшнимъ выраженіемъ чего служатъ прощальная аудіенція и представленіе отзывной грамоты (lettre de rappel).

Далѣе, по общему правилу, дипломатическіе агенты пользуются правами въ томъ государствѣ, при которомъ они аккредитованы; но многіе изъ новѣйшихъ писателей [3]) допускаютъ возможность пользованія этими правами

---

1) Такое же толкованіе относительно неэкстерриторіальности дома посланника усвоено германскимъ Reichsgericht'омъ въ рѣшеніи 26 Ноября 1880 г. (Entscheidungen, III, № 28).

2) Въ томъ же смыслѣ должна быть понимаема признаваемая нѣкоторыми договорами внѣземельность находящихся на нашей пограничной территоріи иностранныхъ таможенныхъ учрежденій.

3) Ср. у Harburger, в. с., стр. 204.

и въ тѣхъ государствахъ, чрезъ которыя такое лицо проѣзжаетъ, если мѣстное правительство официально увѣдомлено о дипломатическомъ характерѣ проѣзжающаго. Возможность ареста такого лица, осмотра его бумагъ, подъ предлогомъ обвиненія въ учиненіи преступнаго дѣянія, можетъ вызвать въ международныхъ отношеніяхъ такія же послѣдствія, какъ и осмотръ бумагъ лица аккредитованнаго.

Дипломатическіе агенты изъяты изъ-подъ дѣйствія уголовныхъ законовъ по всѣмъ преступнымъ дѣяніямъ, какъ важнымъ, такъ и маловажнымъ, какъ направленнымъ противъ частныхъ лицъ, такъ и посягающимъ на государственный строй. «Но, говоритъ пр. Гефтеръ (§ 214), безспорно также, что дипломатическіе агенты не могутъ прикрываться своимъ международнымъ положеніемъ, чтобы безнаказанно совершать преступныя или безнравственныя дѣйствія. Не говоря уже о томъ, что всякое частное лицо, которому грозитъ опасность отъ этихъ дѣйствій, имѣетъ право принять всѣ мѣры къ своей защитѣ, что полицейской власти принадлежитъ право фактическаго вмѣшательства для предупрежденія возможныхъ безпорядковъ и преступленій въ странѣ,—само правительство, при которомъ уполномоченъ посланникъ, въ правѣ, по совершеніи преступнаго дѣйствія, принять всѣ необходимыя мѣры къ охраненію своихъ интересовъ и устраненію соблазна, однако, дѣйствуя при этомъ со всевозможною осторожностью, чтобы не оскорбить достоинства иностраннаго государства. Къ этимъ мѣрамъ, могущимъ исходить, очевидно, не отъ подчиненныхъ чиновниковъ, а только отъ высшихъ властей, относятся: конфиденціальное предостереженіе, дѣлаемое непосредственно посланнику, или жалоба его правительству—въ случаѣ маловажныхъ проступковъ; при болѣе серьезныхъ нарушеніяхъ—просьба объ отозваніи и удовлетвореніи, обращаемая къ его двору. До разрѣшенія вопроса, посланникъ лично подвергается особому надзору. Если просьба объ его отозваніи останется безъ послѣдствій, то правительство, при которомъ онъ состоитъ, въ правѣ удалить его изъ своей столицы и послать ему приказъ о выѣздѣ въ назначенный срокъ изъ предѣловъ государства. Наконецъ, въ случаѣ посягательства посланника на безопасность государя или участія его въ заговорѣ противъ учрежденій страны, гдѣ онъ пребываетъ, правительство можетъ поступить съ нимъ, какъ съ преступникомъ и врагомъ, и лишить его свободы, пока оно не будетъ вполнѣ удовлетворено, или пока заподозрѣнный не докажетъ неосновательности возведенныхъ на него обвиненій» [1]).

Вышеуказанныя основныя начала объ экстерриторіальности дипломатическихъ агентовъ признаны и нашимъ правомъ. Такъ, по ст. 171 улож. о нак. 1845 г., не особенно, впрочемъ, точной въ изложеніи, говорилось, что, въ

---

1) Calvo, Le droit international, стр. 656, говоритъ: въ случаяхъ крайней важности, государство, котораго самое существованіе поставлено на карту, можетъ прибѣгнуть къ изгнанію, даже къ заарестованію агента, дозволить осмотръ его бумагъ, но не можетъ его судить. То же Haus, Ortolan. Кальво приводитъ нѣсколько случаевъ этого рода—заарестованіе испанскаго посланника принца Callamare во Франціи; высылка французскаго посланника маркиза Шетарди изъ Россіи въ 1743 г., высылка изъ Испаніи въ 1848 г., англійскаго посланника и др. Изъ французскихъ криминалистовъ F. Hélie, Traité, стр. 345 и сл. признаетъ въ подобныхъ случаяхъ за государствомъ даже право суда.

случаѣ учиненія преступленій лицами, принадлежащими къ посольствамъ или дипломатическимъ миссіямъ, о семъ производится, установленнымъ для того порядкомъ, надлежащее дипломатическое сношеніе съ ихъ правительствомъ: но истинный смыслъ этого постановленія выясняется статьею 186 свода законовъ уголовныхъ (изд. 1842 г.), послужившею основаніемъ ст. 171, въ силу коей приведенное положеніе должно было быть понимаемо въ смыслѣ изъятія изъ-подъ дѣйствія нашихъ законовъ иностранныхъ дипломатическихъ агентовъ. Далѣе, ст. 229 уст. угол. суд., 1864 г., говорила, что дѣла о преступленіяхъ и проступкахъ лицъ, принадлежащихъ къ посольствамъ и миссіямъ иностранныхъ державъ, возбуждаются по надлежащемъ дипломатическомъ сношеніи съ непосредственнымъ начальствомъ обвиняемыхъ, т. е. законъ установлялъ, повидимому, тотъ принципъ, что всѣ эти лица, хотя и пользуются правомъ внѣземельности, но о каждомъ ихъ поступкѣ мѣстная судебная власть, чрезъ министерство иностранныхъ дѣлъ, доводитъ до свѣдѣнія правительства, его уполномочившаго, а отъ сего послѣдняго уже зависитъ, или отозвать обвиняемаго для суда на родину, или же предать его суду туземному. Относительно же прислуги посольства, ст. 230 уст. угол. суд. постановляла, что она подлежитъ суду на общемъ основаніи, если только въ отношеніи къ ней не сдѣлано никакихъ изъятій въ трактатахъ.

Дѣйствующее уложеніе, какъ было указано выше, довольствуется общимъ положеніемъ пункта 4-го статьи 5, примѣнимаго и къ дипломатическимъ агентамъ, предоставляя опредѣленіе относящихся сюда категорій лицъ и условій ихъ изъятія международной практикѣ. Въ новой же редакціи устава уголовнаго судопроизводства повторены вышеприведенныя правила статей 229 и 230 съ нѣкоторыми лишь редакціонными измѣненіями и съ указаніемъ, что она распространяется и на другихъ лицъ, пользующихся внѣземельностью.

Требованія жизни и международныхъ отношеній привели также къ признанію изъятія изъ-подъ дѣйствія мѣстныхъ законовъ иностранныхъ войскъ, находящихся, съ согласія нашей власти [1]), на нашей территоріи, будетъ ли это отрядъ войска, воздухоплавательная команда, экипажъ военнаго судна и т. д. Уложеніе 1845 г. (прим. къ ст. 175) говорило только о служащихъ въ иностранныхъ вспомогательныхъ войскахъ въ Россіи, указывая, что они подлежатъ слѣдствію и суду на основаніи законовъ своего государства и дѣла о нихъ разсматриваютъ и рѣшаютъ сложныя комиссіи, отъ иностраннаго и россійскаго правительства, по принадлежности, наряжаемыя; но международное право вполнѣ справедливо распространяетъ это изъятіе и на отдѣльныя части войска, прибывшія почему либо въ мирное время. напр., для участія въ маневрахъ, дружескаго визита, поздравленія и т. п., причемъ, разумѣется,

---

[1]) Разумѣется, нельзя распространять *право внѣземельности* на части войска, самовольно вторгнувшіяся въ территорію, и еще того болѣе на непріятельскія войска: изъятіе послѣднихъ есть фактъ, а не право, оно вытекаетъ изъ невозможности суда надъ ними, и мародеръ, шпіонъ, поджигатель, однимъ словомъ, всякое лицо, захваченное нами при совершеніи какого либо преступнаго дѣйствія, не входящаго въ область дѣйствій, дозволяемыхъ обычаями войны, а потому и не почитаемое военноплѣннымъ, не можетъ ссылаться, какъ на exceptio judicii, на то, что принадлежитъ къ непріятельскимъ войскамъ.

имѣется въ виду часть войска, команда, а не отдѣльные военно-служащіе, прибывающіе къ намъ и подчиняющіеся общимъ правиламъ относительно иностранцевъ.

Въ особенности этотъ вопросъ имѣетъ практическое значеніе по отношенію къ кораблямъ, весьма нерѣдко появляющимся въ территоріальныхъ водахъ другихъ государствъ.

Въ полномъ объемѣ начало внѣземельности примѣняется къ военнымъ кораблямъ, такъ что дѣянія, учиненныя на такомъ кораблѣ, разсматриваются какъ не подлежащія дѣйствію нашихъ законовъ, и наказываются по законамъ той страны, чей флагъ носитъ корабль, и притомъ безотносительно къ тому, кѣмъ и противъ кого учинено было это дѣяніе. Поэтому командиръ корабля можетъ препроводить виновнаго въ свою страну, хотя по международнымъ обычаямъ принято, что если виновный и пострадавшій не принадлежатъ къ экипажу корабля, то командиръ передаетъ дѣло на разсмотрѣніе мѣстныхъ судовъ. То же государство, въ чьихъ водахъ совершилось преступленіе, грозящее его спокойствію, можетъ принять мѣры предосторожности: не допустить корабль въ гавань, потребовать его ухода и т. п. Но если члены экипажа военнаго корабля совершили преступное дѣяніе на берегу, то они подлежатъ безусловно отвѣтственности по нашимъ законамъ, и уже отъ нашего правительства зависитъ, если оно сочтетъ это нужнымъ, переслать виновныхъ для суда и наказанія къ командиру судна. Такъ какъ внѣземельность кораблей, по ея существу, имѣетъ не личный, а реальный характеръ, то болѣе спорнымъ считается вопросъ о правѣ убѣжища на военныхъ корабляхъ, находящихся въ территоріальныхъ водахъ. По тѣмъ соображеніямъ, которыя приняты нынѣ въ международномъ правѣ относительно домовъ посольства, отвѣтъ долженъ быть отрицательный [1]), хотя въ практикѣ, даже новой, международнаго права встрѣчались примѣры признанія убѣжища. Во всякомъ случаѣ, принятіе военнымъ кораблемъ, прибывшимъ въ гавань для защиты интересовъ соотечественниковъ или единовѣрцевъ, этихъ лицъ, спасающихся отъ преслѣдованія, является несомнѣнно вполнѣ закономѣрнымъ дѣяніемъ.

Купеческіе иностранные корабли, наоборотъ, по общему правилу, подчинены мѣстнымъ законамъ, но съ нѣкоторыми изъятіями. Относительно объема этихъ изъятій существуютъ двѣ системы: англійская и французская [2]). Въ Англіи подсудны территоріальному суду всѣ преступленія и проступки, совершенные на купеческихъ корабляхъ, плавающихъ или останавливающихся въ англійскихъ водахъ, и только на основаніи новыхъ конвенцій дѣлается исключеніе относительно дисциплинарныхъ проступковъ, подлежащихъ наказанію властію капитана корабля. По французской системѣ, провозглашенной еще въ 1806 г., юрисдикціи капитана предоставляются всѣ маловажныя дѣянія, не затрогивающія интересовъ лицъ, не принадлежащихъ къ экипажу корабля, и не нарушающія спокойствія гавани.

---

1) Тѣмъ менѣе, конечно, могутъ претендовать на право убѣжища торговыя судна, за исключеніемъ развѣ случаевъ пребыванія ихъ въ государствахъ неполноправныхъ. Ср. примѣры у Jettel, стр. 15.

2) Мартенсъ, в. с. II, §§ 56, 88.

Это послѣднее начало усвоилъ и уголовный кассаціонный департаментъ въ извѣстномъ своемъ рѣшеніи 1872 г., № 1329, по дѣлу о греческомъ подданномъ Сваэлосѣ, обвинявшемся въ убійствѣ также греческаго подданнаго, учиненномъ на греческомъ купеческомъ кораблѣ «Алквіадъ», который стоялъ въ гавани города Керчи. Сенатъ высказалъ, что положеніе ст. 170 улож. объ отвѣтственности иностранныхъ подданныхъ не можетъ во всей строгости примѣняться къ дѣяніямъ, учиненнымъ на кораблѣ, между членами экипажа. Поэтому, согласно началамъ, усвоеннымъ международнымъ правомъ и международною судебною практикою, дѣянія, относящіяся до нарушенія дисциплины и вообще до нарушенія обязанностей службы, во всякомъ случаѣ рѣшаются на кораблѣ по законамъ своего государства. Но учиняемыя на кораблѣ общія преступныя дѣянія, хотя и могутъ въ исключительныхъ случаяхъ наказываться также по законамъ національности корабля, но подобное исключеніе можетъ быть допущено лишь въ тѣхъ случаяхъ, когда сими дѣяніями не нарушаются спокойствіе, порядокъ и безопасность порта, когда начальство судна или лицо, потерпѣвшее отъ преступленія, не обращались къ содѣйствію или покровительству мѣстныхъ властей, и притомъ, когда со стороны дипломатическихъ или консульскихъ агентовъ заявлено было желаніе о препровожденіи преступника для суда въ его отечество. Далѣе, изъ этихъ же положеній, высказанныхъ Сенатомъ, можно вывести, что преступныя дѣянія, учиненныя экипажемъ торговаго судна на берегу, во всякомъ случаѣ подсудны мѣстнымъ законамъ.

Указанное толкованіе Сената, вполнѣ согласное и съ началами дѣйствующаго уложенія, принято и въ нашихъ новѣйшихъ консульскихъ конвенціяхъ: съ Германіею—1874 г., Италіею—1875 г. и Испаніею—1876 года.

77. Относительно изъятій по трактатамъ, послѣдняя часть ст. 170 улож. о нак. (по изд. 1866 г.) постановляла, что изъ дѣйствія уложенія изъемлются иностранные подданные, если о таковомъ изъятіи были сдѣланы особыя постановленія въ договорѣ съ тою державою, чьи они подданные. Но въ дѣйствительности такихъ изъятій не оказывалось.

Правда, въ сводъ законовъ было занесено, какъ вытекающее изъ трактатовъ, правило о неподсудности нашимъ законамъ китайцевъ за преступныя дѣянія, учиненныя близъ границы. Это положеніе перешло въ уложеніе и было изложено въ видѣ примѣчанія къ ст. 172 (по изд. 1866 г.), которое гласило: «китайцы, учинившіе преступленіе на россійской сторонѣ границы, высылаются ихъ правительству». Но внимательное изслѣдованіе нашихъ договоровъ съ Китаемъ свидѣтельствуетъ о крайней неточности этого положенія [1]), на что было мною обращено вниманіе редакціонной комиссіи при составленіи проекта общей части уголовнаго уложенія. Общій историческій ходъ нашихъ отношеній къ Китаю даетъ право придти къ такимъ выводамъ: 1) русскіе подданные, находящіеся въ Китаѣ, не подсудны мѣстнымъ зако-

---

1) Подробно изложены относящіяся сюда постановленія трактатовъ въ объяснительной запискѣ къ ст. 9 проекта редакціонной комиссіи.

намъ; 2) Россія обязана выдавать китайскихъ подданныхъ, учинившихъ преступленіе въ Китаѣ и бѣжавшихъ къ намъ; но этими трактатами нигдѣ не установляется неподсудность китайцевъ нашимъ законамъ, напротивъ того, такой выводъ не соотвѣтствовалъ смыслу ст. 7 и 10 кяхтинскаго договора 14 Іюня 1728 г. Между тѣмъ, признаніе неподсудности китайцевъ нашимъ законамъ на практикѣ представило, какъ свидѣтельствовали мѣстныя власти, значительныя неудобства. Число китайцевъ, проживающихъ на нашей границѣ, оказывается весьма значительнымъ; существуютъ мѣстности, въ которыхъ число китайцевъ равняется и даже превышаетъ число русскихъ жителей, такъ что неподсудность китайцевъ нашему закону представляла серьезную опасность для края, что наглядно доказывалось увеличеніемъ въ нѣкоторыхъ пограничныхъ мѣстностяхъ убійствъ и разбоевъ. Въ то же время, эта многочисленность китайцевъ въ нѣкоторыхъ городахъ и мѣстечкахъ вызывала необходимость сформированія въ нихъ многочисленныхъ китайскихъ властей и учрежденій, съ обширною и разнообразною компетенціею, въ явное нарушеніе основныхъ началъ государственнаго и международнаго права. Соотвѣтственно этимъ соображеніямъ, это примѣчаніе къ ст. 170 было отмѣнено Высочайше утвержденнымъ мнѣніемъ Государственнаго Совѣта 8 Іюня 1882 г., а потому и не вошло въ изд. 1885 года.

По уголовному уложенію никакихъ изъятій иностранцевъ изъ-подъ его дѣйствія на основаніи трактатовъ не установлено.

78. Но, какъ было замѣчено, понятіе реальной территоріи не только фиктивно ограничивается, но и расширяется, и притомъ также по двумъ основаніямъ: по началу обратной экстерриторіальности и по трактатамъ.

По началу обратной экстерриторіальности, дѣйствія нашего уложенія расширяются и самыя дѣянія разсматриваются, какъ учиненныя въ предѣлахъ Россіи:

1) когда они учинены за границею нашими дипломатическими агентами, консулами на Востокѣ или иными служащими, причемъ объемъ и условія этого расширенія тѣ же, какъ и изложенныя выше условія ограниченія дѣйствія закона относительно иностранныхъ агентовъ, находящихся въ Россіи;

2) когда они учинены чинами нашихъ войскъ, находящихся за границею. Уложеніе о нак. 1845 г., въ прим. 1 къ ст. 175, упоминало только о русскихъ вспомогательныхъ войскахъ, находящихся въ иностранныхъ земляхъ; но, очевидно, еще съ большимъ основаніемъ это начало примѣняется къ нашимъ войскамъ, находящимся въ непріятельскихъ земляхъ во время войны, какъ это видно и изъ конструкціи постановленій воинскаго устава о наказаніяхъ о нарушеніи обязанностей службы во время военныхъ дѣйствій (ст. 243 и сл.), причемъ безразлично, будутъ ли военнослужащими учинены спеціально воинскія преступныя дѣянія или общія, направленныя противъ мѣстныхъ жителей, или и противъ нашихъ подданныхъ, или даже вообще противъ Россіи; подлежатъ ли эти дѣянія суду и наказанію во время оккупаціи нашими войсками непріятельской земли, или же послѣ того, по возвращеніи на родину. Основанія такого изъятія заключаются не только въ практиче-

ской невозможности судимости по мѣстнымъ законамъ и мѣстными судами, въ виду прекращенія ихъ функцій даже и по отношенію къ туземцамъ; не только въ томъ соображеніи, что трудно, по человѣчески судя, представить себѣ безпристрастное правосудіе, напр., по отношенію къ вторгнувшемуся и не захваченному въ плѣнъ, а находящемуся въ строю, непріятелю, въ разгаръ военныхъ дѣйствій [1]), но и по началамъ международнаго права: армія и ея отдѣльныя части это тѣ же подвижныя крѣпости, переносящія территорію за ея реальные предѣлы, на томъ же основаніи, какъ и военные корабли. Равнымъ образомъ, подлежатъ дѣйствію нашихъ законовъ и всѣ невоенно-служащіе, находящіеся при войскѣ, въ какомъ бы то ни было качествѣ, а равно и военноплѣнные до обращенія ихъ въ вѣдомство гражданскаго начальства (ст. 271 воинск. уст. о нак.);

3) когда они учинены на нашихъ корабляхъ, военныхъ и торговыхъ Въ семъ отношеніи:

во-1-хъ, корабли, плавающіе подъ нашимъ флагомъ и находящіеся въ открытомъ морѣ, безусловно разсматриваются какъ часть нашей территоріи, и всѣ преступныя дѣянія, учиненныя на нихъ, судятся по нашимъ законамъ, общегражданскимъ или военнымъ, смотря по роду корабля;

во-2-хъ, военные корабли, хотя бы находящіеся въ чужомъ территоріальномъ морѣ или въ гавани, разсматриваются какъ часть нашей территоріи;

въ-3-хъ, купеческіе корабли въ чужихъ территоріальныхъ водахъ, насколько они не подчинены мѣстнымъ законамъ, согласно принципамъ, усвоеннымъ въ этомъ отношеніи страною мѣста нахожденія корабля, также подлежатъ дѣйствію нашихъ законовъ.

На основаніи трактатовъ, фиктивное расширеніе территоріи и притомъ въ весьма значительныхъ размѣрахъ, существуетъ относительно нѣкоторыхъ, такъ сказать, неполноправныхъ членовъ междугосударственнаго союза.

Постановленія, сюда относящіяся, были изложены весьма подробно, хотя и крайне неопредѣленно, въ ст. 175 улож. о нак. 1845 г. и примѣч. къ ней, причемъ въ статьѣ говорилось о подсудности нашихъ подданныхъ въ Турціи и Персіи, а въ примѣчаніяхъ—въ Китаѣ, Японіи, Бухарѣ [2]) и Кореѣ. Дѣйствующее уложеніе въ ст. 7 опредѣляетъ: дѣйствіе сего уложенія распространяется на преступныя дѣянія, учиненныя россійскими подданными въ Турціи, Персіи, Китаѣ, Кореѣ или иныхъ странахъ, въ коихъ они неподсудны мѣстной власти. Дѣйствіе уложенія по ст. 8 распространяется также на

---

1) Belling, стр. 178, наивно полагаетъ, что начало неподсудности мѣстнымъ судамъ чиновъ непріятельскихъ войскъ за общія преступленія представляется далеко не безспорнымъ. Недурно бы было предоставить въ послѣднюю нашу войну турецкимъ судамъ право обязать подпискою о невыѣздѣ изъ какого либо мѣстечка или даже заключить подъ стражу Скобелева или Гурко по предъявленному къ нимъ турецкими подданными обвиненію въ насиліи, дебошѣ и т. п. О туземной юрисдикціи можно говорить развѣ только по отношенію къ дружескимъ войскамъ. Ср. Ortolan, I, № 938—942.

2) По силѣ 2-го примѣч. къ ст. 172 улож. о наказ., дѣйствіе нашихъ законовъ въ Бухарѣ распространялось и на иностранцевъ-христіанъ.

преступныя дѣянія, учиненныя: въ Бухарѣ, пребывающими тамъ россійскими подданными или иностранцами христіанскихъ вѣроисповѣданій [1]).

Относительно Турціи изъятіе было установлено договорами: торговымъ 10 Іюня 1783 г. и адріанопольскимъ 2 Сентября 1829 г. Русскіе подданные за проступки, учиненные въ Турціи, подлежатъ суду и наказанію чрезъ посланника или консула россійскаго, которые должны судить ихъ по русскимъ законамъ и учрежденіямъ; съ Персіей это начало было установлено всего полнѣе туркменчайскимъ трактатомъ 20 Февраля 1828 г., коимъ признана подсудность ихъ россійскому министру, повѣренному въ дѣлахъ или консулу. Въ договорахъ съ Турціею это изъятіе отнесено только къ преступнымъ дѣяніямъ, совершеннымъ между россійскими подданными, а въ случаѣ посягательствъ, направленныхъ на права туземцевъ, виновные объявлены подлежащими мѣстному суду съ участіемъ нашихъ представителей; то же начало повторено въ туркменчайскомъ договорѣ съ Персіею, причемъ прибавлено, что въ случаѣ признанія русскаго подданнаго виновнымъ по приговору персидскаго суда, осужденный отправляется для примѣненія къ нему наказанія въ Россію; сообразно съ этимъ была составлена и ст. 190 свода законовъ (по изд. 1842 г.). Но при изданіи уложенія 1845 г. редакція этого постановленія была измѣнена [2]), и ст. 175 уложенія (по изд. 1885 г.) постановляла, что русскіе подданные, находящіеся въ Турціи или Персіи, за учиненное тамъ посягательство противъ правъ кого-либо изъ пребывающихъ тамъ россійскихъ подданныхъ, или противъ правъ туземцевъ или подданныхъ какой либо иной державы, если учиненное ими дѣяніе влечетъ наказаніе не строже тюрьмы, подлежатъ сужденію россійскаго посланника, министра, повѣреннаго въ дѣлахъ, или консула, а если за учиненное дѣяніе положено наказаніе строже тюрьмы, то, по окончаніи надлежащаго о томъ слѣдствія установленнымъ порядкомъ, виновный отсылается вмѣстѣ съ слѣдственнымъ дѣломъ въ ближайшую пограничную губернію къ начальству, которое передаетъ дѣло въ надлежащее судебное мѣсто для суда и наказанія по уложенію.

Относительно Китая, право неподсудности нашихъ подданныхъ мѣстнымъ законамъ намѣчается уже въ трактатахъ XVIII в., но окончательно оно установилось по тянь-цзинскому трактату 1858 г., причемъ указывалось, что въ мѣстахъ, открытыхъ для торговли (въ предѣлахъ Китая), разбирательство всякаго дѣла между русскими и китайскими подданными должно производиться китайскимъ начальствомъ сообща съ русскимъ консуломъ или лицомъ,

---

[1]) Вопросъ этотъ изложенъ въ монографіи Ф. Мартенса, О консулахъ и консульской юрисдикціи на Востокѣ, 1873 г.; текстъ договоровъ у Юзефовича, Договоры Россіи съ Востокомъ, 1869 года; Богоявленскій, Юрисдикція русскихъ консуловъ въ Западномъ Китаѣ, Ж. М. Ю. 1898 г., № 3.

[2]) Новая редакція была составлена по спеціальному соглашенію съ министерствомъ иностранныхъ дѣлъ, такъ какъ графъ Пессельроде, въ своемъ отношеніи къ графу Блудову, отъ 1 Іюня 1842 г., указалъ, что по введенному съ давнихъ лѣтъ обычаю турецкое правительство передаетъ миссіи нашей русскихъ подданныхъ даже и въ томъ случаѣ, когда они совершатъ преступленія противъ турецкихъ подданныхъ; миссія, за малые проступки, легкія исправительныя наказанія налагаетъ сама, а въ случаѣ уголовныхъ преступленій наряжаетъ надъ обвиняемымъ слѣдствіе, по окончаніи коего отсылаетъ подсудимаго въ одинъ изъ россійскихъ черноморскихъ портовъ для преданія суду (дѣло II Отдѣленія по составленію уложенія, картонъ VI, № 1).

представляющимъ власть россійскаго правительства въ томъ мѣстѣ; русскіе подданные по обвиненіямъ въ преступленіяхъ или проступкахъ должны были судиться по русскимъ законамъ; но о порядкѣ суда русскихъ подданныхъ, за преступныя дѣянія между собою или противъ подданныхъ другихъ европейскихъ державъ ничего не говорилось. Далѣе было указано, что подданные россійскіе, проникшіе въ глубь страны, высылаются для сужденія и наказанія по русскимъ законамъ на границу или въ тотъ изъ открытыхъ портовъ, гдѣ есть русскій консулъ, а въ дополнительномъ договорѣ указано, что русскіе подданные, виновные въ тяжкихъ преступныхъ дѣяніяхъ, по произведеніи слѣдствія, отсылаются въ Россію для поступленія по русскимъ законамъ и что наши имѣстныя власти могутъ принимать нужныя мѣры только въ отношеніи къ виновнымъ своего государства, но никто изъ нихъ не имѣетъ права ни задерживать, ни отдѣльно разбирать, а тѣмъ болѣе наказывать подданнаго не своего государства [1]).

Наиболѣе краткими представлялись дѣйствовавшія до 1900 г. правила о консульской юрисдикціи въ Японіи, опредѣленныя трактатами 7 Августа 1858 г. и 22 Марта 1860 г., въ коихъ указывалось только, что разбирательство всякихъ дѣлъ между русскими и японцами производится русскимъ консуломъ вмѣстѣ съ японскими властями и, въ случаѣ обвиненія русскихъ, съ нихъ взыскивается по русскимъ законамъ, а виновные японцы подвергаются наказанію по законамъ ихъ страны.

Относительно Кореи договоромъ, заключеннымъ 25 Іюня 1884 г. въ Хань-Янѣ (Сеулѣ), установлено, что юрисдикція надъ русскими подданными въ Кореѣ и ихъ собственностью исключительно принадлежитъ русскимъ консульскимъ агентамъ или другимъ должностнымъ лицамъ, надлежащимъ образомъ на то уполномоченнымъ, которые разбираютъ и рѣшаютъ, безъ всякаго вмѣшательства Корейскихъ властей, всѣ дѣла, возбужденныя противъ русскихъ подданныхъ ихъ соотечественниками или же иностранными подданными (ср. уст. консул. ст. 194).

Наконецъ, относительно подсудности и порядка производства дѣлъ о преступленіяхъ и проступкахъ, совершенныхъ русскими подданными и иностранцами-христіанами въ предѣлахъ Бухарскаго ханства, постановлены новыя правила въ положеніи объ управленіи туркестанскимъ краемъ.

Всѣ эти постановленія страдаютъ въ трояконъ отношеніи: во-1-хъ, въ старѣйшихъ трактатахъ, а именно въ договорахъ съ Турціею и Персіею, вовсе не опредѣлена съ надлежащею точностью подсудность, такъ что является постоянная возможность конфликтовъ между дипломатическими агентами и консулами; во-2-хъ, не указаны ни въ уставѣ уголовнаго судопроизводства, ни въ уставѣ консульскомъ правила разбора подобныхъ уголовныхъ дѣлъ и производства по онымъ слѣдствія; наконецъ, въ-3-хъ, самый предѣлъ консульской юрисдикціи, особенно въ Китаѣ и Кореѣ, представляется совершенно неопредѣленнымъ. Такъ и въ нашей практикѣ возникали недоразумѣнія, восходившія до Правительствующаго Сената, относительно

---

1) Свѣдѣнія о процессуальныхъ порядкахъ, соблюдаемыхъ въ консульствахъ Западнаго Китая, въ особенности въ Чугучакскомъ, приведены въ указанной выше статьѣ Богоявленскаго.

производства дѣлъ сего рода въ Персіи, въ виду употребленнаго въ ст. 175 выраженія, что слѣдствіе должно быть произведено «установленнымъ порядкомъ». Въ 1873 г. въ рѣшеніи по дѣлу Мешади-оглы Сенатъ указалъ, что подъ «установленнымъ» нужно подразумѣвать порядокъ, дѣйствующій въ Персіи, но въ 1897 г. 10 Марта при разсмотрѣніи дѣла Гагаева и Куклика (№ 10) Сенатъ снова вошелъ въ обсужденіе этого вопроса и пришелъ къ выводу противоположному [1]).

---

[1]) Сенатъ нашелъ, что, на основаніи ст. VIII Туркменчайскаго договора, заключеннаго съ Персіею въ 1828 году, въ случаѣ смертоубійства или уголовнаго преступленія между русскими подданными, разсмотрѣніе и рѣшеніе дѣла подлежатъ исключительно Россійскому министру, повѣренному въ дѣлахъ или консулу, въ силу ввѣренной имъ судебной власти по дѣламъ ихъ соотечественниковъ. Если русскій подданный будетъ замѣшанъ съ иноземцами въ уголовномъ дѣлѣ или будетъ обвиняемъ въ непосредственномъ (единоличномъ) преступленіи, онъ не можетъ быть преслѣдуемъ или тревожимъ безъ доказательствъ участія его въ преступленіи, и мѣстныя судилища не могутъ приступить къ разсмотрѣнію и суду иначе, какъ въ присутствіи чиновника, отряжаемаго Россійскою миссіею или консульствомъ, а если таковаго нѣтъ въ мѣстѣ совершенія преступленія, то мѣстныя начальства обязаны препроводить виновнаго туда, гдѣ находится Россійскій консулъ или агентъ. Показанія, оправдывающія или изобличающія обвиняемаго, имѣютъ быть со всею точностью собраны Гакимомъ или мѣстнымъ судьею, скрѣплены ихъ подписью, и въ такомъ видѣ доставлены туда, гдѣ надлежитъ судить преступленіе; показанія эти имѣютъ служить при производствѣ дѣла основными доказательствами, развѣ обвиняемый удостовѣритъ, что они ложны. Когда обвиняемый будетъ изобличенъ надлежащимъ образомъ и приговоръ послѣдуетъ, тогда преступникъ имѣетъ быть выданъ Россійскимъ министру, повѣренному въ дѣлахъ или консулу и отъ него отправленъ будетъ въ Россію для наказанія, закономъ опредѣленнаго. Такимъ образомъ, Туркменчайскій договоръ рѣзко различалъ двѣ категоріи преступленій: а) уголовныя преступленія, совершенныя въ Персіи русскими подданными противъ русскихъ-же подданныхъ, и б) преступленія, совершенныя въ Персіи русскими подданными—въ соучастіи съ туземцами или единолично противъ персидскихъ подданныхъ или иноземцевъ, пребывающихъ въ Персіи, или противъ правъ Персидскаго государства.—Дѣла перваго рода отнесены были договоромъ исключительно къ вѣдѣнію Россійскаго посланника, повѣреннаго въ дѣлахъ или консула безъ всякаго участія органовъ Персидскаго правительства, а потому эти лица уполномочивались на производство по симъ дѣламъ и слѣдствія и суда. По дѣламъ втораго рода слѣдствіе, по трактату, производилось Гакимомъ и мѣстнымъ судьею въ присутствіи чиновника, отряжаемаго Россійскою миссіею или консульствомъ, послѣ чего дѣло разсматривалось мѣстными властями, при участіи представителей нашей миссіи, которыя и постановляли приговоръ; засимъ преступникъ, по выдачѣ его Россійскому министру, повѣренному въ дѣлахъ или консулу, пересылался въ Россію для примѣненія наказанія, закономъ опредѣленнаго. Въ такомъ смыслѣ была изложена основанная на Туркменчайскомъ договорѣ ст. 190 св. зак. уголовныхъ, изд. 1842 г., которая однако не касалась вопроса о производствѣ слѣдствія о преступленіяхъ, совершенныхъ русскими подданными въ Персіи.—При составленіи проекта уложенія о наказаніяхъ 1845 г. статья 190 св. зак. уголов. подверглась коренному измѣненію и на основаніи ст. 179 улож., изд. 1845 г., соотвѣтствующей 175 ст. улож. изд. 1885 г., русскіе подданные по всѣмъ безъ исключенія преступленіямъ, совершеннымъ ими въ Персіи, изъяты изъ подсудности персидскихъ судовъ, причемъ приговоры по преступленіямъ, влекущимъ за собою по русскимъ законамъ наказаніе не свыше тюремнаго заключенія, постановляются Россійскимъ посланникомъ, министромъ, повѣреннымъ въ дѣлахъ или консуломъ; по преступленіямъ же, влекущимъ за собою наказаніе болѣе строгое, по окончаніи слѣдствія, установленнымъ порядкомъ, подсудимый вмѣстѣ съ слѣдственнымъ дѣломъ отсылается къ начальству ближайшей пограничной губерніи, которое передаетъ дѣло въ подлежащее судебное мѣсто, для постановленія приговора. Измѣнивъ подсудность дѣлъ, законодатель однако не установилъ въ ст. 175 улож. опредѣлительно порядка производства по нимъ слѣдствія, который такимъ образомъ, повидимому, долженъ былъ остаться въ томъ видѣ, въ какомъ онъ былъ установленъ Туркменчайскимъ договоромъ, что какъ-бы подтверждается и примѣчаніемъ къ ст. 171 Консульскаго устава, изд. 1893 г., согласно которому по дѣламъ уголовнымъ въ

Такъ какъ дѣйствующее уложеніе только упоминаетъ о распространеніи его на преступныя дѣянія, учиненныя въ Турціи, Персіи, Китаѣ и Кореѣ, но не содержитъ никакихъ процессуальныхъ указаній о производствѣ дѣлъ сего рода, то подлежащія правила подлежали внесенію въ уставъ уголовнаго судопроизводства, причемъ комиссія по пересмотру уставовъ проектировала ихъ въ слѣдующемъ видѣ.

Русскіе подданные, учинившіе преступное дѣяніе въ Турціи, Персіи,

---

Персіи соблюдаются правила существующихъ трактатовъ и постановленія, изложенныя въ ст. 175 улож. о нак. Въ дѣйствительности-же Персидское правительство издавна уклонялось въ большинствѣ случаевъ отъ производства слѣдствій надъ русскими подданными и еще въ 1844 году министръ иностранныхъ дѣлъ, которому была сообщена на заключеніе 179 ст. проекта уложенія о наказаніяхъ, въ данномъ имъ заключеніи объяснилъ, что слѣдствія по симъ дѣламъ производятся Россійскою миссіею. Такой порядокъ сохранился на практикѣ и по настоящее время, ибо, какъ видно изъ заключенія, истребованнаго по настоящему дѣлу отъ министра иностранныхъ дѣлъ, Персидскія власти никогда не предъявляли претензій на производство надъ русскими подданными слѣдствія даже и въ такихъ уголовныхъ дѣлахъ, въ коихъ право это могло быть признано за ними въ силу Туркменчайскаго договора, предоставляя производство слѣдствій русскимъ должностнымъ лицамъ и ограничиваясь лишь назначеніемъ своего делегата для присутствованія при разслѣдованіи дѣла. Такое уклоненіе Персидскихъ властей отъ производства слѣдствія надъ русскими подданными усматривается и изъ находящагося на производствѣ въ Правительствующемъ Сенатѣ дѣла о русскомъ подданномъ Едигаровѣ, обвинявшемся въ убійствѣ, изъ коего видно, что на неоднократные запросы Россійской Императорской миссіи о томъ, не пожелаетъ-ли Персидское правительство произвести новое слѣдствіе по этому дѣлу, оно отвѣтило, что вполнѣ довольствуется слѣдствіемъ, произведеннымъ русскимъ дипломатическимъ агентомъ при содѣйствіи мѣстныхъ властей, и полагается на безпристрастіе русскихъ судовъ. Въ виду такого отказа Персидскаго правительства пользоваться выговореннымъ по Туркменчайскому договору правомъ производства слѣдствій надъ русскими подданными, обвиняемыми въ совершеніи преступленій, направленныхъ противъ персидскихъ подданныхъ и правъ Персидскаго государства, заявленнаго, по удостовѣренію министра иностранныхъ дѣлъ, какъ въ 1845 г. при составленіи уложенія 1845 г., такъ подтвержденнаго и нынѣ, а съ другой стороны, во избѣжаніе безнаказанности этихъ преступленій, единственнымъ правильнымъ исходомъ представляется производство по этимъ дѣламъ слѣдствій русскими властями, которыя, въ силу того же Туркменчайскаго договора, уполномочены на разслѣдованіе преступленій, совершенныхъ русскими подданными противъ русскихъ же подданныхъ. Въ Консульскомъ уставѣ не содержится указаній на то, какими именно лицами должны быть производимы по уголовнымъ дѣламъ слѣдственныя дѣйствія въ Персіи надъ русскими подданными, вслѣдствіе чего, согласно ст. 12 уст. у. с. и 9 уст. гражд. суд., надлежитъ обратиться къ статьямъ Консульскаго устава, дающимъ основаніе къ разрѣшенію путемъ аналогіи этого вопроса, а именно къ статьямъ, опредѣляющимъ дѣятельность русскихъ дипломатическихъ агентовъ въ Персіи по дѣламъ гражданскимъ. Согласно 109 и 150 ст. Консульскаго устава, судебная власть по дѣламъ гражданскимъ надъ русскими подданными принадлежитъ старшему драгоману или переводчику миссіи, генеральному консулу, консулу и первому секретарю миссіи, которые исполняютъ обязанности предсѣдателей судовъ 1 и 2 инстанціи, учреждаемыхъ при миссіи и консульствахъ, при чемъ допросъ свидѣтелей возлагается (ст. 161 того же устава) на переводчика миссіи, консула и управляющаго его письменными дѣлами или секретаря. Вслѣдствіе сего, нельзя не признать правильнымъ заключеніе управлявшаго министерствомъ иностранныхъ дѣлъ, высказавшагося въ томъ смыслѣ, что слѣдственныя дѣйствія по дѣламъ уголовнымъ должны быть производимы чиновниками Русской миссіи и консульствъ, а именно: въ миссіи однимъ изъ секретарей или драгомановъ, а въ консульствѣ самими консулами или секретарями консульства. Принимая засимъ во вниманіе, что и по настоящему дѣлу Персидское правительство уклонилось отъ производства слѣдствія и, произведя лишь первоначальный опросъ заподозрѣнныхъ въ разбоѣ Куклика и Гагаева, передало дознаніе о нихъ Россійскому посланнику, Правительствующій Сенатъ находитъ, что посланникъ совершенно правильно возложилъ производство слѣдствія по сему дѣлу на старшаго драгомана нашей миссіи Григоровича. Вмѣстѣ съ симъ уголовный кассаціонный департаментъ поручилъ оберъ-прокурору возбудить вопросъ объ установленіи болѣе точныхъ правилъ о производствѣ дѣла сего рода.

Китаѣ, Кореѣ или иныхъ странахъ, въ коихъ они неподсудны мѣстной власти, подлежатъ, если назначенное за сіе дѣяніе наказаніе не превышаетъ тюрьмы, суду мѣстнаго консула или иного надлежащимъ образомъ на то уполномоченнаго лица, а въ прочихъ случаяхъ обвиняемый, по производствѣ надлежащаго разслѣдованія, отсылается въ ближайшее судебное мѣсто имперіи.

Въ случаѣ совершенія русскимъ подданнымъ преступнаго дѣянія въ Турціи, Персіи, Китаѣ и Кореѣ, разслѣдованіе дѣла производится русскимъ консуломъ или другимъ должностнымъ лицомъ, надлежащимъ образомъ на то уполномоченнымъ, причемъ, въ случаѣ необходимости, означенныя должностныя лица могутъ прибѣгнуть и къ содѣйствію мѣстныхъ властей. Если дѣло по важности своей не подлежитъ разрѣшенію консула, то все производство, съ заключеніемъ консула и засвидѣтельствованными переводами на русскій языкъ актовъ и документовъ, препровождается вмѣстѣ съ обвиняемымъ въ подлежащій судъ имперіи.

При производствѣ разслѣдованія, а также при разборѣ дѣла, консулъ или другое должностное лицо, надлежащимъ образомъ на то уполномоченное, руководствуется, насколько возможно, правилами устава угол. суд.

Въ тѣхъ случаяхъ, когда сіе установлено договорами, къ участію въ разрѣшеніи дѣла приглашаются и мѣстныя власти, но приговоръ относительно русскихъ подданныхъ постановляется консуломъ или другимъ на то уполномоченнымъ лицомъ.

Приговоръ, коимъ русскій подданный присужденъ къ аресту или тюрьмѣ, отбывается или въ особо устроенныхъ при русскихъ консульствахъ или посольствахъ помѣщеніяхъ, или, по соглашенію съ мѣстными властями, въ ихъ тюрьмахъ.

Въ число такихъ неполноправныхъ государствъ не включена ни въ уложеніи, ни въ уставѣ Японія, такъ какъ за послѣднее время, въ виду совершившихся въ ней преобразованій, ея международное положеніе измѣнилось и она пріобрѣтаетъ значеніе полноправной державы. Въ 1873 г. она была признана таковою со стороны Англіи и Америки; равнымъ образомъ, по силѣ XVIII и XIX статей договора 1895 г. съ Японіей о торговлѣ и мореплаваніи, по истеченіи четырехъ лѣтъ со дня утвержденія сего договора, юрисдикція русскихъ консуловъ въ отношеніи уголовныхъ дѣлъ должна быть отмѣнена и учинившіе въ Японіи преступныя дѣянія русскіе подданные, тамъ пребывающіе, должны на общемъ основаніи подлежать отвѣтственности по мѣстнымъ законамъ. Договоръ этотъ былъ утвержденъ 6 Іюня 1895 г., и, слѣдовательно, особая подсудность въ Японіи прекратилась въ Іюнѣ 1900 г.

Относительно Бухары, въ особомъ совѣщаніи при Государственномъ Совѣтѣ было предположено распространить дѣйствіе нашего уложенія и на преступныя дѣянія, учиненныя туземцами противъ русскихъ подданныхъ или иностранцевъ христіанъ, но затѣмъ, по указанію мин. иностр. дѣлъ, сохранены нынѣшнія правила о юрисдикціи и о порядкѣ суда, изложенныя въ положеніи объ управленіи Туркестанскимъ краемъ.

Равнымъ образомъ, по указанію мин. иностр. дѣлъ въ ст. 7 улож. не включено упоминаніе о Хивѣ, въ виду того, что Хивинское ханство почти лишилось своей самостоятельности; такъ въ Хивѣ судятся по нашимъ зако-

намъ не только русскіе подданные, но и иностранцы христіане, а равно и туземцы за преступленія противъ русскихъ подданныхъ, причемъ слѣдствіе производится помощникомъ мироваго судьи Аму-Дарьинскаго отдѣла, который для этого выѣзжаетъ на мѣсто преступленія, слѣдствіе направляется къ Сыръ-Дарьинскому прокурору, и судъ постановляетъ приговоръ, приводимый въ исполненіе русскими властями. Эти правила, возникшія путемъ обычая, были признаны и Правит. Сенатомъ (по 5 Депар.) въ 1894 г. по дѣлу хивинца Урумбаева; а затѣмъ и 1-мъ Департ. въ опредѣленіи 11 Ноября 1898 г. Поэтому упоминаніе о Хивѣ, наравнѣ съ Турціею, Персіею, не соотвѣтствовало бы ея дѣйствительному положенію.

Вмѣстѣ съ тѣмъ, особое совѣщаніе нашло, что перечень странъ, сдѣланный, по примѣру уложенія 1845 г., и въ проектѣ, не можетъ быть признанъ исчерпывающимъ, такъ какъ существуютъ и другія малокультурныя страны на Азіатскомъ и Африканскомъ материкахъ, каковы, напр., Афганистанъ, Сіамъ, Марокко, Абиссинія, Занзибаръ, съ которыми хотя и не заключены договоры относительно отвѣтственности русскихъ подданныхъ, совершившихъ въ ихъ предѣлахъ преступныя дѣянія, но въ которыхъ, очевидно, подсудность означенныхъ лицъ мѣстной власти не можетъ быть допущена. На этомъ основаніи какъ въ ст. 7 улож., такъ и въ уставѣ сдѣлано указаніе и на иныя страны.

Наконецъ, въ особомъ совѣщаніи возникалъ вопросъ и о томъ, не слѣдуетъ ли, наравнѣ съ Бухарою, упомянуть о Квантунской области съ Портъ-Артуромъ и Таліенъ-Ваномъ и о прилегающей къ желѣзной дорогѣ полосѣ земли въ Манчжуріи, но особое совѣщаніе нашло, «что означенный вопросъ на практикѣ разрѣшается безъ всякихъ затрудненій. Въ состоящихъ въ русскомъ владѣніи китайскихъ мѣстностяхъ дѣйствуетъ русская власть въ отношеніи какъ управленія, такъ и суда; въ соотвѣтствіи съ симъ учрежденъ въ Портъ-Артурѣ окружный судъ, какъ органъ мѣстной судебной власти, но для утвержденія въ законѣ означеннаго фактическаго положенія въ настоящее время, когда еще лишь устанавливаются и опредѣляются на практикѣ взаимныя отношенія по поводу этихъ мѣстностей между Россіею и Китаемъ, не представляется достаточно данныхъ и прочныхъ основаній».

На Квантунскомъ полуостровѣ русскимъ судебнымъ властямъ, согласно временнымъ правиламъ объ управленіи Квантунскою областью, подвѣдомственны всѣ преступныя дѣянія, учиненныя русскими подданными или противъ русскихъ подданныхъ, кѣмъ бы таковыя ни были учинены. Та же подсудность установлена по Высочайшему повелѣнію 24 Іюля 1901 г. и въ полосѣ отчужденія Китайской Восточной желѣзной дороги, причемъ, однако, въ послѣднемъ указѣ (п. б.) добавлено, что если окажется, что преступное дѣяніе учинено противъ русскаго подданнаго не русскимъ подданнымъ, то дѣло передается на разсмотрѣніе командированнымъ въ Манчжурію чиновникамъ министерства иностранныхъ дѣлъ или же русскому консулу въ Ню-Чжуанѣ.

79. Такимъ образомъ, для того, чтобы подлежать дѣйствію нашихъ законовъ, преступное дѣяніе должно быть учинено на нашей территоріи, реальной или фиктивной. Но когда дѣяніе можетъ почитаться учиненнымъ на тер-

ріторіи? [1]). Разсматривая его, какъ виновное посягательство на правоохраненный интересъ, мы можемъ представить себѣ три возможности: 1) преступное дѣяніе задумано, подготовлено и выполнено всецѣло на нашей территоріи, лицомъ, на ней живущимъ или временно пребывающимъ, и по отношенію къ объекту, также на ней находящемуся, или 2) оно всецѣло учинено внѣ нашей территоріи, или 3) оно учинено частью на территоріи, частью внѣ ея. Въ двухъ первыхъ случаяхъ вопросъ рѣшается просто, но третья комбинація возбуждаетъ много спорныхъ и юридически въ высшей степени любопытныхъ вопросовъ о дѣйствительномъ мѣстѣ учиненія преступнаго дѣянія и, слѣдовательно, о примѣненіи къ нему нашихъ или иноземныхъ законовъ.

Въ этомъ отношеніи прежде всего надо замѣтить, что крайне трудно пріискать какое либо одно общее начало, которое бы опредѣляло понятіе учиненія преступнаго дѣянія на территоріи. Такъ, нельзя опредѣлять это понятіе мѣстомъ пребыванія виновника въ моментъ дѣянія, такъ какъ могутъ быть преступныя дѣянія, учиненныя на нашей территоріи лицами, на ней въ моментъ учиненія не находившимися; съ другой стороны, нельзя опредѣлять и мѣстомъ пребыванія объекта посягательства, того правоохраненнаго интереса, на который посягаетъ виновный, такъ какъ, мы знаемъ, что существуютъ, напр., посягательства, почитаемыя учиненными на территоріи Россіи, хотя они направлены противъ интересовъ государственныхъ или общественныхъ иностранныхъ державъ. Еще менѣе можно отождествлять это понятіе съ предѣлами подсудности нашихъ уголовныхъ судовъ, такъ какъ эти суды компетентны и для сужденія дѣлъ уголовныхъ, учиненныхъ за границею. Всего ближе, конечно, стоитъ этотъ вопросъ къ процессуальному понятію мѣста учиненія преступнаго дѣянія (forum delicti commissi), но и эти понятія: во-1-хъ, не совпадаютъ, а во-2-хъ, уподобленіе ихъ другъ другу не разрѣшаетъ вопроса, а только переноситъ его изъ права матеріальнаго въ право процессуальное.

Разрѣшеніе даннаго вопроса возможно только путемъ изслѣдованія юридической природы отдѣльныхъ группъ преступныхъ дѣяній, и притомъ въ двоякомъ отношеніи: въ виду юридическихъ свойствъ самаго дѣянія и въ виду условій его выполненія, причемъ въ общей части могутъ быть указаны только нѣкоторыя общія положенія, сюда относящіяся [2]).

Преступное посягательство на охраненный юридическій интересъ можетъ заключать въ себѣ развивающуюся во времени и видоизмѣняющуюся по мѣсту преступную дѣятельность, причемъ законъ признаетъ наказуемымъ не только совершившееся посягательство на данный интересъ, но и покушеніе на него и даже иногда приготовленіе къ таковому. Поэтому вполнѣ возможно, что лицо учинило приготовленіе и даже, при извѣстныхъ условіяхъ, покушеніе на преступное дѣяніе въ предѣлахъ Россіи, а самое дѣяніе было выполнено въ Германіи или Австріи, или, наоборотъ, преступленіе было под-

---

[1]) Lilienthal, Das Ort der begangenen That im Strafrechte. 1890; Bar, Lehrbuch, § 61. Ср. также Brocher, Rapport sur les conflits de législation en droit pénal, 1879.

[2]) Любопытный случай этого рода представляло французско-нѣмецкое столкновеніе по дѣлу Шнебеля. Ср. E. Clunet, Questions de droit relatives à l'incident franco-allemand de Pagny, 1887.

готовлено за границею, а выполнено въ Россіи,—какъ опредѣлить мѣсто учиненія? Основное положеніе ученія о степеняхъ проявленія преступной воли говоритъ намъ, что вся преступная дѣятельность, направленная на опредѣленный объектъ, разсматривается какъ единое цѣлое, а потому отвѣтственность за вполнѣ совершившееся дѣяніе совмѣщаетъ въ себѣ отвѣтственность и за всѣ предшествующія стадіи развитія преступной дѣятельности, такъ что эти стадіи могутъ имѣть самостоятельное уголовное значеніе только въ предположеніи остановившагося развитія преступной дѣятельности. Сообразно этому, дѣяніе, совершеніе или окончаніе коего имѣло мѣсто въ предѣлахъ Россіи, всегда разсматривается какъ учиненное на нашей территоріи, гдѣ бы ни происходили предшествовавшія стадіи. Если, напр., примѣняясь къ извѣстному бременскому случаю, мы представимъ себѣ, что на торговомъ суднѣ, отправляющемся изъ Данцига въ Россію, была устроена адская машина, съ часовымъ приводомъ, долженствовавшая взорвать пароходъ съ грузомъ и экипажемъ черезъ 48 часовъ послѣ установки прибора, если затѣмъ, по прибытіи судна въ Либаву, дѣйствительно произошелъ взрывъ, сопровождавшійся поврежденіемъ имущества и гибелью людей, то очевидно, что мѣстомъ совершенія преступленія должна быть признана Россія, а не Германія, гдѣ было сдѣлано приготовленіе, и не открытое море, гдѣ развивалось преступленіе. Если бы преступная дѣятельность ограничилась только приготовленіемъ, напр., преступленіе обнаружилось при самой установкѣ на кораблѣ машины, то мѣстомъ учиненія, конечно, была бы Германія, а не Россія. Но изъ этого правила могутъ быть и исключенія: если у насъ было учинено приготовленіе къ какому либо преступному дѣянію, притомъ само по себѣ почитаемое запрещеннымъ по нашимъ законамъ, если затѣмъ самое дѣяніе, хотя и было выполнено за границею, но по законамъ мѣста учиненія не почитается преступнымъ или наказуемымъ, то учинившее его лицо можетъ быть наказуемо по нашимъ законамъ, но не за оконченное дѣяніе, а только за приготовленіе, учиненное въ предѣлахъ Россіи.

Труднѣе рѣшается вопросъ относительно преступныхъ дѣяній, которыя требуютъ для полноты состава наступленія извѣстнаго послѣдствія. Если, не доѣзжая до Эйдкунена, кто либо изъ въѣзжающихъ въ Россію пассажировъ отравилъ своего спутника, и тотъ умеръ отъ отравы въ Вержболовѣ, или даже въ Вильно, то несомнѣнно, что виновный будетъ привлеченъ къ отвѣтственности за отравленіе, совершенное имъ въ Россіи, а не за границею. Но, конечно, такое же толкованіе должно быть принято и при обратныхъ примѣрахъ: если русскій подданный былъ отравленъ на русской желѣзной дорогѣ, положимъ, русскимъ подданнымъ, но отравленный умеръ въ Берлинѣ, тамъ началось дѣло объ отравленіи, тамъ былъ заарестованъ виновный, то мы не можемъ требовать его выдачи на томъ основаніи, что преступное дѣяніе было учинено въ Россіи нашимъ подданнымъ; по крайней мѣрѣ, сомнительно, чтобы германская судебная власть признала такое требованіе правильнымъ; то, что было учинено въ предѣлахъ Россіи, составляетъ только оконченное покушеніе, а не совершившееся отравленіе. Разумѣется, если дѣяніе таково, что наступленіе послѣдствія не имѣетъ значенія для его юридическаго состава, то учиненіе въ нашихъ предѣлахъ всего того, что было нужно учинить

*

преступнику, дѣлаетъ его отвѣтственнымъ за преступное дѣяніе, совершенное на нашей территоріи [1]).

Если преступное дѣяніе окончено, но относится къ группамъ, такъ называемыхъ, продолжаемыхъ и длящихся, и одни изъ входящихъ въ составъ такого преступнаго дѣянія актовъ имѣли мѣсто въ Россіи, а другіе за границею, то мѣстомъ учиненія сего дѣянія можетъ одинаково считаться и Россія и иностранное государство: преступникъ вездѣ будетъ судимъ и наказанъ, какъ за дѣяніе, учиненное на территоріи государства мѣста его судимости. Если кто либо, присвоивъ себѣ въ Берлинѣ не принадлежащіе ему чинъ или званіе, затѣмъ, по пріѣздѣ въ Россію, будетъ продолжать пользоваться этимъ званіемъ, то онъ, конечно, будетъ отвѣчать за дѣяніе, учиненное на территоріи Россіи; такое же начало должно быть примѣняемо и въ тѣхъ случаяхъ, когда лицо, начавшее растрачивать ввѣренныя ему деньги за границею, учинило нѣсколько актовъ растраты и по прибытіи въ Россію.

Но, конечно, понятіе продолженія преступнаго дѣянія не должно быть смѣшиваемо съ дальнѣйшимъ распространеніемъ вызванныхъ имъ послѣдствій, не входящихъ въ его законный составъ. Оскорбленіе или диффамація, нанесенныя русскому подданному въ газетѣ, выходящей въ Парижѣ, не могутъ быть почитаемы учиненными въ Россіи, хотя бы эта газета имѣла у насъ много подписчиковъ.

Въ преступныхъ бездѣйствіяхъ мѣстомъ учиненія будетъ почитаться то мѣсто, гдѣ должна была быть исполнена данная обязанность. Такимъ образомъ, русскій подданный, не явившійся своевременно въ призывный участокъ для вынутія жребія, будетъ виновенъ въ бездѣйствіи, учиненномъ на территоріи Россіи, хотя бы въ тотъ моментъ, когда наступилъ срокъ явки, онъ былъ за границею; но если, конечно, самый приказъ такого рода, что онъ можетъ быть выполненъ только лицомъ, находящимся на опредѣленномъ мѣстѣ, то мѣстопребываніе виновнаго въ моментъ бездѣйствія получаетъ рѣшающее значеніе.

Другое затрудненіе представляетъ опредѣленіе мѣста учиненія въ примѣненіи къ дѣятельности соучастниковъ, причемъ и здѣсь возможны два случая: преступное дѣяніе учинено въ Россіи, но подстрекательство или пособничество къ нему учинено за границею, или наоборотъ. Въ этихъ случаяхъ, казалось бы, въ основу разрѣшенія должно быть принято основное начало соучастія, по коему юридическое значеніе учиненнаго соучастниками опредѣляется условіями и свойствомъ дѣянія, совершеннаго физическимъ виновникомъ; поэтому, если физическій виновникъ учинилъ преступное дѣяніе въ

---

[1]) Olshausen, § 3, № 4, и нѣкоторые другіе нѣмецкіе криминалисты полагаютъ, что въ этомъ случаѣ государство, на территоріи коего учинено умышленное дѣяніе, коего результатъ обнаружился только за предѣлами страны, имѣетъ право судить виновнаго какъ за оконченное дѣяніе, учиненное въ предѣлахъ территоріи; слѣдовательно, въ этомъ случаѣ будетъ конкуренція подсудности между туземнымъ и иностраннымъ судомъ. Ср. также Binding, Handbuch, § 85, стр. 422. Нельзя не замѣтить, что принятая въ нашемъ уголовномъ уложеніи, изложенная далѣе, система наказуемости преступныхъ дѣяній, учиненныхъ за границею, значительно упрощаетъ рѣшеніе даннаго вопроса и даетъ возможность практическаго примѣненія начала, изложеннаго мною въ текстѣ.

Россіи, то и подстрекательство къ таковому дѣянію, хотя бы оно было учинено за границею, должно разсматриваться, какъ подстрекательство къ дѣянію, въ Россіи учиненному, и наоборотъ. Въ практикѣ нашего Сената встрѣтился одинъ интересный примѣръ этого рода по дѣлу Штерна ($^{72}/_{1144}$), который былъ признанъ виновнымъ въ подстрекательствѣ, учиненномъ въ Петербургѣ, къ покушенію на подлогъ акцій тамбовско-саратовской желѣзной дороги, происшедшему въ Вѣнѣ. Сенатъ нашелъ правильнымъ примѣненіе къ виновному ст. 9 и 1194 улож., не касаясь, впрочемъ, разсматриваемаго вопроса о мѣстѣ учиненія дѣянія; согласно этому прецеденту, конечно, можно утверждать, что Сенатъ принимаетъ доктрину, опредѣляющую мѣсто учиненія дѣянія самостоятельно для каждаго изъ участниковъ [1]).

§ 10. Взаимопомощь государствъ въ области уголовнаго права.

I. Распространеніе дѣйствія уголовнаго закона на преступныя дѣянія, учиненныя внѣ предѣловъ территоріи.

80. Отмежевавъ все учиненное на нашей территоріи, а потому и подлежащее дѣйствію нашихъ законовъ и обращаясь къ преступнымъ дѣяніямъ, совершеннымъ внѣ ея, мы должны раздѣлить ихъ на двѣ категоріи: а) учиненныхъ на территоріи государствъ, входящихъ въ общій международный союзъ, и б) учиненныхъ внѣ такой территоріи, въ свободномъ открытомъ морѣ или на сушѣ.

По отношенію къ послѣдней группѣ, какъ было уже указано, мы можемъ находиться въ правовыхъ отношеніяхъ лишь тогда, когда эти преступныя дѣянія могутъ разсматриваться, какъ учиненныя на нашей фиктивной территоріи—на нашихъ корабляхъ, нашими войсками, въ предѣлахъ нашей консульской юрисдикціи; во всѣхъ прочихъ случаяхъ мѣсто права занимаетъ сила: расправа потерпѣвшаго, государственныя репресаліи [2]). Но современное правовое сознаніе, интересы государственной и общественной жизни перестаютъ удовлетворяться такою защитою и мало по малу расширяютъ правоохрану и на нѣкоторые другіе случаи, предоставляя ее или союзу многихъ или нѣсколькихъ государствъ, или отдѣльному государству, сообразно съ свойствами интереса, вызывающаго таковую защиту.

По отношенію къ международной охранѣ, всего ранѣе таковую вызвала необходимость прекратить торгъ живыми людьми. Еще на основаніи конвенціи 1840 г., подтвержденной и расширенной брюссельскою конвенціею 2 Іюня 1890 г., каждой изъ договаривающихся сторонъ дозволено преслѣдовать по

---

1) Въ послѣднемъ смыслѣ разъясненъ этотъ вопросъ германскимъ рейхсгерихтомъ въ рѣшеніяхъ 14 Іюня 1883 г. (Entsch. IX, № 3) и 12 Апрѣля 1886 г. (Entsch. XIV, № 33). Такое же мнѣніе защищаетъ Bar, § 61.

2) Многіе нѣмецкіе писатели, ср. Листъ § 21 пр. 7, справедливо признаютъ безусловно наказуемыми по законамъ страны преступныя дѣянія, учиненныя въ безгосударномъ пространствѣ ея подданными, напр., при ученыхъ экспедиціяхъ и т. п.

своимъ законамъ виновнаго въ торгѣ неграми, гдѣ бы онъ ни былъ захваченъ, допуская и конфискацію самаго судна, приспособленнаго къ таковой торговлѣ. Конвенція подвергаетъ отвѣтственности даже приготовительныя дѣйствія къ торгу, напр., вооруженіе корабля для такого торга, нѣкоторыя дѣйствія, посредственно содѣйствующія торгу, напр., ввозъ оружія, и т. д.

Въ нашемъ дѣйствующемъ правѣ это положеніе вошло въ ст. 493 [1]), наказывающую каторгою продажу или передачу въ рабство или въ неволю, торгъ, а равно и участіе въ торгѣ неграми, и исправительнымъ домомъ—приготовленіе или вооруженіе судна для торга, съ конфискаціей служившаго или приготовленнаго для такого торга судна, причемъ виновные подлежатъ отвѣтственности по этой статьѣ, гдѣ бы ни было совершено или обнаружено это преступное дѣяніе.

Такая же международная охрана установлена по отношенію къ пиратамъ или морскимъ разбойникамъ. На этомъ основаніи, предусмотрѣнное въ 3 п. 578 ст. учиненіе разбоя на открытомъ морѣ подвергаетъ отвѣтственности не только нашихъ подданныхъ, виновныхъ въ этомъ дѣяніи, но и всякое другое лицо.

Далѣе, на основаніи конвенціи 1884 г. объ охранѣ международнаго телеграфнаго кабеля, виновный въ поврежденіи таковаго наказывается по ст. 546 и 555, если поврежденіе совершено и не въ предѣлахъ Россіи, а на открытомъ морѣ, и притомъ безразлично, нашимъ подданнымъ или иностранцемъ, на нашемъ суднѣ находящимся. Кромѣ того, на основаніи той же конвенціи, въ уложеніе внесено спеціальное постановленіе ст. 391, о нарушеніи управляющимъ судномъ, занимающимся проложеніемъ или исправленіемъ морскаго кабеля, правилъ о сигнализаціи, и ст. 392, о неисполненіи требованій предосторожности лицами, приближающимися къ мѣсту исправленія или проложенія кабеля, причемъ въ послѣднемъ случаѣ виновными могутъ быть не только наши подданные, но и иностранцы [2]).

Къ случаямъ охраны, не имѣющей вполнѣ международнаго характера, и относящейся лишь къ примѣненію нашихъ уголовныхъ законовъ внѣ предѣловъ территоріи [3]), принадлежитъ ст. 365, говорящая объ отвѣтственности корабельщика нашего морскаго судна, виновнаго въ неисполненіи правилъ объ удаленіи за предѣлами Россіи съ судна служащихъ въ судовой командѣ; далѣе, предусмотрѣнное прежде въ уложеніи, а теперь перенесенное въ уставъ о сельскомъ хозяйствѣ, основанное на законѣ 1878 г., нарушеніе правилъ о ловлѣ моржей, тюленей и вообще животныхъ этого вида [4]); постановленія о нарушеніи правилъ о котиковомъ промыслѣ и т. д.

---

1) Ст. 1411 улож. 1845 г. говорила только о торгѣ африканскими неграми, дѣйствующій законъ говоритъ о торгѣ неграми вообще.

2) Bar, стр. 340, въ виду § 8 договора 14 Марта 1884 г., полагаетъ, что въ этомъ случаѣ, какъ и въ законѣ о китовомъ и тюленьемъ промыслѣ, рѣчь идетъ лишь о международной охранѣ извѣстнаго интереса, а не о расширеніи нашей юрисдикціи по отношенію къ преступнымъ дѣяніямъ, учиненнымъ на открытомъ морѣ, но не на нашемъ суднѣ.

3) Ср. для Германіи, Листъ § 21, V.

4) Такое же правило содержится въ англійскомъ Sealfisheryact 1875 г. и въ германскомъ Robbenfanggesetz 4 Дек. 1876 г.

Число такихъ случаевъ внѣтерриторіальной правоохраны несомнѣнно будетъ расти, такъ какъ трудно представить, почему рядомъ съ запретомъ торга черными людьми не воспрещается такая же въ извѣстныхъ отношеніяхъ торговля желтыми—китайскими кули, или даже и бѣлыми—женщинами, сбываемыми на международныхъ рынкахъ въ дома разврата.

81. Другую группу составляютъ преступныя дѣянія, учиненныя въ предѣлахъ государствъ, входящихъ въ международный союзъ. Конечно, все учиненное на такой территоріи наказывается по законамъ того государства, гдѣ оно учинено, и такъ какъ, въ силу признанной въ международныхъ отношеніяхъ суверенности отдѣльныхъ государствъ, мы не можемъ вмѣшиваться въ отправленіе юстиціи въ другихъ государствахъ, какой бы интересъ для насъ ни представляло то или другое преступное дѣяніе, кѣмъ бы ни было оно учинено, противъ кого бы оно ни направлялось, то, казалось бы, этимъ твердо установленнымъ принципомъ устраняется возможность коллизіи законовъ различныхъ государствъ по поводу одного и того же преступнаго дѣянія.

Но въ дѣйствительности подобная коллизія возникаетъ въ силу возможности передвиженія преступника изъ одного государства въ другое: намъ не трудно себѣ представить, что лицо, учинившее преступное дѣяніе въ Германіи, бѣжитъ къ намъ, или даже, при извѣстныхъ условіяхъ, будетъ препровождено къ намъ правительствомъ Германіи, или иной какой либо державы, куда преступникъ успѣлъ убѣжать по совершеніи имъ преступнаго дѣянія.

Что можемъ мы сдѣлать по отношенію къ такому лицу?

Для всякой страны представляется въ этомъ случаѣ нѣсколько возможностей. Мы можемъ или вовсе не допускать такое лицо въ Россію, или впустить въ наши предѣлы; далѣе, впустивъ его въ Россію, мы можемъ или оставить его безнаказаннымъ, или судить его за учиненное имъ, или выдать для суда и наказанія другой державѣ.

Каждое государство имѣетъ право опредѣлять условія, на которыхъ оно допускаетъ въѣздъ и пребываніе иностранцевъ на своей территоріи; оно можетъ воспретить въѣздъ цѣлой категоріи лицъ или отдѣльнымъ лицамъ, подобно тому, какъ оно можетъ, въ видахъ общественной безопасности, выслать иностранцевъ изъ территоріи въ отдѣльности или хотя бы и массами, насколько все это не нарушаетъ спеціальныхъ трактатовъ, заключенныхъ между отдѣльными государствами [1]), или общепризнанныхъ международныхъ отношеній (Abweisung и Ausweisung, renvoi и expulsion). Но также несомнѣнно, что это право, въ интересующемъ насъ отношеніи, представляется совершенно недостаточнымъ. Съ одной стороны, государство не можетъ отказать, по общему правилу, въ пріемѣ своихъ подданныхъ, бѣжавшихъ изъ другаго государства, или къ намъ пересланныхъ; съ другой, и относительно иностранцевъ эта мѣра несомнѣнно недостаточна, какъ скоро, напр., прежняя ихъ пре-

---

1) Ср., напр., наше соглашеніе съ Пруссіею 1872 г. относительно переходящихъ границу поляковъ и евреевъ, дополненное договоромъ 24 Янв. 1886 г.

ступность будетъ обнаружена послѣ прибытія въ наши предѣлы. Во всякомъ случаѣ, впрочемъ, это недозволеніе переступать предѣлы государства, высылка иностранцевъ въ интересахъ безопасности, не затрогивая непосредственно карательной дѣятельности государства, и примѣняясь нерѣдко къ лицамъ, не входящимъ въ классъ преступниковъ, входятъ всецѣло въ право международное [1]).

Остаются, слѣдовательно, мѣры втораго порядка. Признать безнаказаннымъ всякаго преступника, переступившаго наши предѣлы, признать нашу страну священною землею для воровъ, мошенниковъ и убійцъ всѣхъ націй, понятно, немыслимо при современныхъ международныхъ отношеніяхъ: такое положеніе одинаково противорѣчило бы и идеѣ карательной государственной дѣятельности, и практическимъ интересамъ всякаго цивилизованнаго государства; а потому признаніе подобной безнаказанности бѣжавшихъ къ намъ преступниковъ можетъ быть допущено, какъ мы увидимъ далѣе, лишь въ исключительныхъ случаяхъ.

Такимъ образомъ, въ значительномъ большинствѣ случаевъ, нами разбираемыхъ, государство должно или судить и наказать виновнаго по нашимъ законамъ, или выдать его.

82. Остановимся прежде всего на вопросѣ о правѣ суда, вопросѣ, заслуживающемъ вниманія, какъ въ виду существующихъ споровъ въ доктринѣ относительно основаній и объема этого права, такъ и въ виду совершеннаго разногласія въ этомъ отношеніи законодательныхъ постановленій [2]).

Такъ какъ въ этихъ случаяхъ рѣчь идетъ о правѣ и обязанности государства наказывать преступника, находящагося на его территоріи, то понятно, что въ основу всего этого ученія должны быть положены интересы даннаго государства; вопросъ долженъ быть разсматриваемъ съ точки зрѣнія задачъ

---

1) Подробно объ этомъ въ монографіи Фіоре, I, глава 3-я; Martitz, стр. 7—36, даетъ подробныя данныя объ объемѣ и условіяхъ примѣненія этого права, въ особенности по отношенію къ бродягамъ и нищимъ (Landstreicher, gens sans aveu) и нѣкоторымъ другимъ группамъ лицъ, представляющимъ опасность или въ мѣстномъ или въ международныхъ отношеніяхъ. Ср. также J. Langhardt, Das Recht der politischen Fremdenausweisung, 1891 г.; у него приведены весьма интересныя данныя о законодательствѣ и практикѣ Швейцаріи по данному вопросу.

2) Ср. въ особенности, Binding, Handbuch, §§ 85 и 86; у него указанія на нѣмецкую литературу; Hälschner, § 62 и сл.; разборъ этого вопроса по германскому праву у Olshausen, § 3, №№ 3 и сл.; изъ монографій можно указать названныя выше монографіи—Berner, Wirkungskreis, и Schmid, Die Herrschaft der Gesetze; далѣе: A. Bulmerincq, Das Asylrecht und die Auslieferung flüchtiger Verbrecher, 1853 г.; R. Mohl, Die völkerrechtliche Lehre vom Asyle, въ его Staatsrecht, Völkerrecht und Politik, I, стр. 637—674; Bar, Das internationale Privat und Strafrecht, 1862 г.; его же, Lehrbuch des internationalen Privat und Strafrechts, 1892 г.; Rohland, Das internationale Strafrecht, 1877 г.; Martitz, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 1 Abt. 1888 г.; 2 Abt. 1897 г.; Fuld, Die Bestrafung von Verbrechen im Auslande. G. XLV, стр. 241; E. Jettel, Handbuch des internationalen Privat und Strafrechtes 1893 г.; A. Villefort, Des crimes et des délits commis à l'étranger, 1855 г.; M. Goddyn et E. Mahiels, Le droit criminel belge au point de vue international, 1880 г.; P. Fiore, Traité de droit pénal international et de l'extradition, 2 т., 1880 г.; A. Deloume, Principes généraux de droit international en matière criminelle, 1882 г.; A. Bard, Précis de droit international, 1883 г.; Н. Коркуновъ. Опытъ конструкціи международнаго уголовнаго права, Ж. Г. У. П. 1889 г. № 1. Ср. также приведенную далѣе литературу о выдачѣ.

карательной государственной дѣятельности. Но эти интересы могутъ быть поставлены или какъ исключительный критерій, или же, наравнѣ съ ними, дополняя ихъ, выдвигаются интересы союза государствъ, интересы международные. Отсюда дѣленіе теорій по данному вопросу на двѣ основныя группы, названныя Молемъ: однѣ—теоріями эгоистическими, выходящими исключительно изъ идеи отдѣльнаго государства, а другія — теоріями космополитическими, принимающими въ разсчетъ и интересы международные [1]).

Наиболѣе простую постановку вопроса изъ теорій первой группы даетъ теорія территоріальная [2]). Карательная власть государства простирается до предѣловъ его территоріи, на этомъ пространствѣ она господствуетъ исключительно, по ту сторону границы она не имѣетъ никакого значенія. Законъ дѣйствуетъ въ предѣлахъ территоріи, но притомъ только въ территоріи. «Изъ необходимости индивидуализированія права по государственнымъ территоріямъ, говоритъ Кестлинъ (§ 23), слѣдуетъ, что государство въ своей области не можетъ признать дѣйствующимъ никакого другаго закона, кромѣ собственнаго, въ которомъ выражается его индивидуальная правовая опредѣленность; но по тѣмъ же основаніямъ оно должно признать исключительную индивидуальность каждаго другаго государства». Уголовный законъ государства, замѣчаютъ другіе сторонники этого воззрѣнія, какъ и вообще законы, относящіеся до права публичнаго, обладаютъ въ двоякомъ отношеніи безусловною силою: съ одной стороны, положительною—для каждаго, находящагося на государственной территоріи, съ другой, отрицательною, исключая силу всякихъ правовыхъ постановленій, которыя не признаны, какъ законъ, данными государствами; а такъ какъ каждое государство должно признавать всѣ другія государства равноправными членами международнаго общенія, должно признавать за каждымъ такія же суверенныя права, на какія оно само имѣетъ притязанія, то поэтому ни одно государство не можетъ требовать, чтобы его уголовные законы имѣли силу за предѣлами его территоріи; иначе оно потрясетъ правоосновы другихъ государствъ, а вмѣстѣ съ тѣмъ и свои собственныя. Поэтому уголовные законы имѣютъ въ предѣлахъ территоріи безусловную силу, а за предѣлами—никакой. Изъ дѣйствія этихъ основныхъ положеній изъемлется только частное право, въ силу его особенной природы; но право уголовное, относясь къ области правъ публичныхъ, не допускаетъ никакихъ отступленій.

Такъ какъ преступное дѣяніе предполагаетъ наличность нѣсколькихъ элементовъ: во-1-хъ, лицо, посягающее на охраненный интересъ, во-2-хъ, самый интересъ, на который учиняется посягательство, и въ-3-хъ, самое посягательство,—то вслѣдствіе различныхъ отношеній, въ которыхъ стоитъ каждый изъ этихъ моментовъ къ общему понятію о территоріальныхъ предѣлахъ закона, создаются подраздѣленія этого воззрѣнія.

Большинство сторонниковъ территоріальной теоріи отождествляютъ мѣсто учиненія преступнаго дѣянія съ мѣстомъ пребыванія субъекта, а потому признаютъ то дѣяніе учиненнымъ на территоріи страны, виновникъ коего въ моментъ учиненія находился на территоріи данной страны, все равно, былъ ли онъ подданный этой страны или иностранецъ, постоянно или временно тамъ пребывающій.

Другая группа опредѣляетъ территоріальный характеръ преступнаго дѣянія по мѣсту пребыванія охраненнаго интереса въ моментъ преступнаго посягательства, а потому считаетъ наказуемымъ, на основаніи мѣстныхъ уголовныхъ законовъ, всякое преступное дѣяніе, объектъ коего въ моментъ посягательства находится въ предѣлахъ государства.

---

1) Обстоятельное изложеніе и разборъ различныхъ теорій по вопросу о правѣ суда надъ дѣяніями, учиненными за границею, сдѣланы въ вышеуказанной монографіи Роланда.

2) Этотъ принципъ господствовалъ между прежними криминалистами; такъ, его защищали: Генке, Марецоль, Абеггъ, Bestrafung der im Ausland begangenen Verbrechen. 1879 г.; первоначально и Листъ въ его статьѣ объ основаніяхъ международнаго уголовнаго права, 1882 г. Онъ также находилъ много сторонниковъ между писателями по международному праву, въ особенности между англичанами. Этотъ принципъ былъ торжественно провозглашенъ французскимъ законодательнымъ собраніемъ 3 сент. 1792 г.: que les étrangers prévenus des délits commis dans leur patrie n'ont pu être légalement jugés que selon les lois de leurs pays et par leurs magistrats.

Наконецъ, третья группа соединяетъ оба условія и допускаетъ примѣнимость мѣстнаго уголовнаго закона какъ въ томъ случаѣ, когда субъектъ, въ моментъ преступнаго дѣянія, находился въ предѣлахъ государства, такъ и въ томъ, когда виновникъ находился за границею, но посягалъ на предметъ или объектъ, матеріально пребывающій въ предѣлахъ территоріи.

Но, конечно, не трудно видѣть, что все различіе этихъ оттѣнковъ сводится къ различію толкованій понятія о территоріальности преступнаго дѣянія, а всѣ они сходятся въ одномъ общемъ условіи, что наказуемы по законамъ страны преступныя дѣянія, учиненныя въ предѣлахъ территоріи, т. е. ими утверждается положеніе, въ существѣ, какъ видно изъ предшествующаго изложенія, безспорное, но во всякомъ случаѣ имѣющее само по себѣ только отрицательное значеніе, по отношенію къ вопросу наказуемости дѣяній, учиненныхъ внѣ предѣловъ страны. Вторая же часть основнаго положенія, что законъ дѣйствуетъ *только* въ предѣлахъ территоріи, остается бездоказательною и въ его отношеніи къ тому, что совершается за предѣлами территоріи, данная теорія можетъ быть названа теоріею безнаказанности, такъ какъ изъ нея вытекаетъ только одинъ отвѣтъ: никакое дѣяніе, учиненное за предѣлами страны, не можетъ быть наказано по мѣстнымъ законамъ.

Въ тѣ эпохи, когда международныя сношенія представлялись крайне ограниченными, когда переходъ изъ одной страны въ другую былъ возможенъ только въ исключительныхъ случаяхъ, такая система могла не вызывать практическихъ затрудненій; но нынѣ ея послѣдовательное проведеніе представляется невозможнымъ.

Не трудно видѣть, что при такой постановкѣ вопроса не только воры и мошенники, учинившіе преступныя дѣянія въ сопредѣльныхъ государствахъ, могутъ безнаказанно стекаться къ намъ и оставаться внѣ всякаго преслѣдованія, пока не потребуютъ ихъ выдачи, но мало того, въ такомъ положеніи окажутся и тѣ лица, которыя посягали за границею на наши интересы или на права нашихъ подданныхъ. Русскій подданный, виновный въ убійствѣ русскаго же подданнаго въ Германіи, или участвовавшій въ заговорѣ противъ государственнаго строя Россіи, или въ поддѣлкѣ русскихъ денежныхъ знаковъ, можетъ затѣмъ прибыть въ Россію и остаться внѣ всякаго преслѣдованія, такъ какъ: во-1-хъ, едва ли какая либо иностранная держава потребуетъ выдачи такого лица, а во-2-хъ, такая выдача была бы нарушеніемъ господствующаго нынѣ въ международныхъ отношеніяхъ принципа невыдачи собственныхъ подданныхъ.

Если же стать на точку зрѣнія спеціализированныхъ территоріальныхъ теорій, то практическіе пробѣлы выступятъ еще нагляднѣе, такъ какъ по первой теоріи останутся безнаказанными даже тѣ, которые, будучи за границею, участвовали въ преступленіи, учиненномъ въ Россіи, а по второй, наоборотъ, останутся безнаказанными пребывающіе въ Россіи участники преступленій, учиненныхъ за границею, а равно всѣ вообще виновные въ посягательствахъ, учиненныхъ, напр., въ предѣлахъ Россіи противъ государственныхъ или вообще публичныхъ интересовъ другаго государства.

Поэтому сторонники территоріальнаго принципа, чтобы избѣжать указанныхъ выше практическихъ послѣдствій, прибѣгаютъ къ разнаго рода обходамъ. Такъ, Кестлинъ говоритъ: «требованія международнаго мира выполняются тѣмъ, что государство выдаетъ другому государству всѣхъ тѣхъ лицъ, которыя на территоріи послѣдняго учинили преступное дѣяніе, а если виновный—собственный подданный, то это государство наказываетъ его во имя того государства, которое имѣетъ право на наказаніе (Bestrafung in Namen des berechtigten Staats übernimmt). Невыдача собственныхъ подданныхъ оправдывается тѣмъ, что государство къ своимъ согражданамъ находится въ болѣе близкихъ (ursprünglicherer) отношеніяхъ, чѣмъ иностранныя державы. При этомъ во всякомъ случаѣ примѣняется болѣе мягкій законъ: иностранный—потому, что только онъ нарушенъ виновнымъ; собственный—потому, что, примѣняя законъ болѣе строгій, нежели тотъ, который само государство признаетъ справедливымъ, оно отрицало бы собственное правосознаніе».

Но не трудно видѣть, что оба суррогата недостаточны. Выдача непригодна потому, что помимо собственныхъ подданныхъ, которые по современнымъ международнымъ отношеніямъ не выдаются, и относительно иностранцевъ она всегда зависитъ отъ доброй воли другаго государства; тамъ, гдѣ преступленіе непосредственно затронуло интересы того

государства, въ коемъ оно учинено, можно съ вѣроятностью предполагать, что это государство потребуетъ выдачи; но тамъ, гдѣ этого нѣтъ? Если австріецъ убилъ проѣзжавшаго черезъ Пруссію русскаго подданнаго и бѣжалъ къ намъ, если германскій подданный участвовалъ, положимъ, въ заговорѣ, составившемся для отдѣленія отъ Россіи, вооруженною силою, прибалтійскихъ губерній, или участвовалъ въ поддѣлкѣ россійскихъ денежныхъ знаковъ, то можно думать, что выдача такихъ преступниковъ не будетъ потребована и виновный спокойно будетъ проживать въ Россіи.

Еще неудовлетворительнѣе указаніе на возможность суда этихъ лицъ во имя другаго государства. На какомъ юридическомъ принципѣ покоится это положеніе? Какимъ образомъ верховная власть одного государства, въ лицѣ своихъ органовъ, явится представительницею другаго государства въ отправленіи правосудія? Почему же въ такомъ случаѣ эти органы не будутъ примѣнять исключительно иностранные уголовные законы, матеріальные и процессуальные и т. д.? На всѣ эти вопросы не существуетъ отвѣта, такъ какъ и самое положеніе объясняется только невозможностью при нынѣшнихъ международныхъ сношеніяхъ стоять на территоріальной почвѣ. Не даромъ же ни одно современное государство и даже Англія не рѣшились ограничиться примѣненіемъ этого начала [1]).

Территоріальная теорія, послѣдовательно проводимая, приводитъ къ слѣдующимъ положеніямъ: каждый государственный уголовный законъ дѣйствуетъ въ предѣлахъ государственной территоріи, а потому всякое преступное дѣяніе, учиненное въ предѣлахъ территоріи, подлежитъ его дѣйствію, всякое преступное дѣяніе, учиненное за предѣлами территоріи, безусловно не подлежитъ его дѣйствію. Неудобства этого втораго вывода привели къ попыткамъ расширить область дѣйствія мѣстнаго уголовнаго закона, и притомъ въ двоякомъ отношеніи: или въ виду тѣхъ лицъ, къ которымъ обращается уголовный законъ съ своими требованіями (теорія національная), или въ виду тѣхъ интересовъ, которые законъ беретъ подъ свою защиту (теорія реальная).

«Уголовный законъ, говоритъ Бернеръ (Wirkungskreis, § 28), обязываетъ всѣхъ гражданъ даннаго государства лично, а не только территоріально, не только во время пребыванія въ территоріи этого государства. Это положеніе вытекаетъ изъ самой природы уголовнаго закона. Въ уголовномъ законѣ государство указываетъ тѣ дѣянія, которыя оно признаетъ антигражданскими, несовмѣстимыми съ понятіемъ гражданина государства: туземецъ, несмотря на свое пребываніе за границею, не перестаетъ быть туземцемъ, гражданиномъ государства, коего онъ подданный, а потому онъ не можетъ совершать дѣянія, которыя противорѣчатъ идеѣ гражданства; онъ не можетъ совершать за границею того, что на родинѣ служитъ къ умаленію гражданской чести. Мѣтко говоритъ Цахаріэ, что ограниченіе дѣйствія уголовнаго закона территоріею покоится на безсмысленномъ предположеніи, что законы даются для территоріи, а не для лицъ, на ней живущихъ». Къ этому главному доводу Бернеръ (§ 36) прибавляетъ и еще одно соображеніе, что съ отъѣздомъ за границу даже фактически не разрушается связь подданнаго съ отечествомъ, такъ какъ онъ пользуется покровительствомъ и защитою дипломатическихъ агентовъ своей страны, а пользуясь охраною представителей родины, онъ долженъ подчиняться и ея требованіямъ.

Баръ [2]), нападая на теорію Бернера съ той точки зрѣнія, что она не даетъ надлежащаго основанія даже для отвѣтственности туземцевъ, учинившихъ за границею преступныя посягательства, но не противъ туземнаго, а противъ иноземнаго государства, свою національную теорію мотивируетъ такимъ образомъ: карательная власть государства

---

1) Другія попытки пополненія территоріальнаго принципа его сторонниками приведены у Rohland, в. с., § 5. Таково признаніе наказуемости дѣяній, учиненныхъ in fraudem legis domesticae и др.

2) Das internationale Privat und Strafrecht, §§ 132 и сл., въ особенности § 137; въ позднѣйшихъ своихъ трудахъ Баръ все болѣе и болѣе расширялъ свой взглядъ на объемъ наказуемыхъ дѣяній, учиненныхъ за границею, и теперь, подобно Гельшнеру, скорѣе можетъ быть причисленъ къ защитникамъ космополитической доктрины. Ср. въ особенности его статью въ G. 1883 г., стр. 561 и сл. и его Lehrbuch, 1892 г. стр. 217 и сл., хотя, стр. 216 прим., онъ и возражаетъ противъ причисленія его къ сторонникамъ космополитической доктрины. Изъ нашихъ криминалистовъ на почвѣ національной теоріи стоитъ Спасовичъ (стр. 80).

имѣетъ дѣло съ преступными дѣяніями, какъ проявленіями преступной воли; поэтому къ примѣненію уголовнаго закона прежде всего уполномочено то государство, на территоріи коего проявилась преступная воля; но такъ какъ каждое дѣяніе является продуктомъ всей личности, то пока существуетъ нравственная связь между личностью и государствомъ, до тѣхъ поръ проявленіе карательной дѣятельности государства не устраняется только потому, что конкретное проявленіе преступной воли произошло не на территоріи государства. При такой постановкѣ даннаго ученія вопросъ о томъ, противъ какихъ благъ было направлено проявленіе преступной воли, противъ отечественныхъ или иностранныхъ, не имѣетъ никакого значенія для наказуемости.

Но во всякомъ случаѣ общее положеніе всѣхъ теоретическихъ попытокъ этой группы выражается въ томъ, что законъ уголовный, какъ и всякій публичный законъ, имѣетъ обязательную силу для подданныхъ даннаго государства, гдѣ бы они ни находились. Поэтому лицо, неисполнившее велѣнія отечественнаго закона, подлежитъ установленной имъ отвѣтственности.

Но такая доктрина, съ одной стороны, крайне расширяетъ объемъ карательной власти государства, а съ другой, все-таки не даетъ удовлетворительнаго отвѣта на всѣ возникающіе при этомъ вопросы.

Признавая принципъ личной подчиненности имѣющимъ равное значеніе съ подчиненностью территоріальною, эта доктрина создаетъ для каждаго лица, находящагося внѣ предѣловъ своего государства, крайне трудное положеніе, такъ какъ для него имѣютъ равно обязательную силу: во-1-хъ, законы мѣстные, и во-2-хъ, законы отечественные. Но какой же изъ этихъ законовъ имѣетъ главное, какой субсидіарное значеніе? какъ должны быть разрѣшаемы случаи коллизіи между ними, въ особенности, когда обязанности, налагаемыя ими, несходны между собою, или, можетъ быть, даже противоположны?

Далѣе, послѣдовательно проводя эту доктрину, пришлось бы допустить отвѣтственность нашихъ подданныхъ и за всѣ маловажныя дѣянія, учиненныя ими за границею, хотя бы эти дѣянія и были полицейскаго характера; а между тѣмъ, такого вывода не рѣшаются сдѣлать сторонники этого взгляда, хотя и въ ущербъ послѣдовательности. Такъ, Бернеръ (§ 28) прибавляетъ, что установленныя имъ правила не примѣняются къ чисто мѣстнымъ полицейскимъ предписаніямъ, которыя могутъ быть нарушаемы только лицами, находящимися на территоріи; что такимъ образомъ въ тѣхъ законодательствахъ, которыя держатся трехчленнаго дѣленія, отвѣтственность не должна быть допускаема за нарушенія; подобное же положеніе высказываетъ и Баръ, причемъ оба они твердыхъ юридическихъ основаній для подобнаго изъятія не даютъ.

Съ другой стороны, и по этой теоріи не только иностранецъ, убившій за границею иностранца и бѣжавшій къ намъ, останется безнаказаннымъ, но такая же безнаказанность будетъ существовать и для того иностранца, который за границею участвовалъ, напр., въ поддѣлкѣ русскихъ ассигнацій, въ заговорѣ для ниспроверженія русскаго правительства и т. д. Чтобы пополнить этотъ пробѣлъ, приходится такъ же, какъ и при теоріи территоріальной, прибѣгать къ фиктивнымъ основаніямъ наказуемости. Такъ, Бернеръ (учебникъ, § 126) говоритъ: наказывать иностранца за преступное дѣяніе, учиненное за границею, должно не наше государство, а то, коему принадлежитъ это право въ силу территоріальнаго или національнаго принципа. Но если это государство не воспользуется принадлежащимъ ему правомъ наказанія и тѣмъ лишитъ наше государство или нашихъ подданныхъ надлежащей карательной охраны, то для нашего государства по отношенію къ такому иностранцу, безнаказанно посягнувшему на его интересы, возникаетъ естественное право, или, какъ говоритъ онъ въ своей монографіи, право обороны или самопомощи. Очевидно, что подобное положеніе только доказываетъ несостоятельность всего ученія: оборона немыслима противъ уже совершившагося преступленія, а представивъ себя въ состояніи естественномъ или догосударственномъ, мы можемъ вывести изъ него основаніе для примѣненія мести, а не для права на наказаніе.

Третья попытка ищетъ основанія наказуемости въ объектѣ посягательства, въ юридическихъ признакахъ правоохраняемыхъ интересовъ; если государство беретъ извѣстный интересъ подъ защиту своихъ законовъ, то всякое посягательство на него, все равно, учинено ли въ предѣлахъ государства или за его предѣлами, былъ ли виновникомъ посягательства

туземецъ или иностранецъ, должно быть разсматриваемо какъ посягательство на охраняющую этотъ интересъ норму, а потому и должно быть наказуемо [1]).

Очевидно, что и этому воззрѣнію можно сдѣлать тотъ же упрекъ, какъ и предшествующему: установляя такое положеніе, что всякое посягательство на юридически охраненный интересъ одинаково нарушаетъ какъ уголовный законъ мѣста учиненія подобнаго посягательства, такъ и уголовный законъ той страны, на благо коей учинено это посягательство, эта доктрина не даетъ твердой опоры для разрѣшенія случаевъ коллизіи законовъ, или же заставляетъ прибѣгать къ какимъ либо постороннимъ соображеніямъ, не вытекающимъ изъ основнаго принципа и нерѣдко даже противорѣчащимъ ему: за границею, въ Германіи, убитъ русскій подданный; виновный подлежитъ наказанію одинаково какъ по германскимъ, такъ и по русскимъ законамъ; если мы представимъ себѣ, что онъ судился и былъ наказанъ въ Германіи, а затѣмъ прибылъ въ Россію, то почему онъ не можетъ быть снова судимъ и наказанъ у насъ? Посягательство, учиненное имъ на нашу карательную норму, не погашено. Почему государство, имѣя право своими уголовными законами охранять благо своихъ подданныхъ отъ преступныхъ посягательствъ, не можетъ вмѣшиваться въ проявленіе уголовной юстиціи въ той странѣ, гдѣ посягательство учинено, и въ то время, когда виновный находится еще на мѣстѣ учиненія преступнаго дѣянія?

Съ другой стороны, основное положеніе этой доктрины, что всякое посягательство на охраненный нашими нормами интересъ будетъ наказуемо по нашимъ законамъ, несравненно неопредѣленнѣе, чѣмъ принципъ національный. Не трудно сказать, кто долженъ считаться нашимъ подданнымъ и, слѣдовательно, всегда отвѣчать по нашимъ законамъ, но несравненно труднѣе опредѣлить объемъ интересовъ, охраняемыхъ нашими законами. Какой интересъ, положимъ, охраняется ст. 449 уложенія, карающею предумышленное убійство? Жизнь человѣка, и притомъ безразлично, русскаго подданнаго или иностранца, такъ какъ предумышленное убійство француза, учиненное нѣмцемъ въ Петербургѣ, будетъ наказано по той же 449 ст. Но если это такъ, то, значитъ, убійство француза, учиненное въ Парижѣ французомъ, какъ посягательство на жизнь человѣка, будетъ также посягательствомъ на охраненный нашимъ закономъ интересъ. Еще съ большимъ правомъ можемъ мы дать такое широкое толкованіе, положимъ, 3 ч. 424 ст., карающей за поддѣлку иностранныхъ кредитныхъ билетовъ и т. д., т. е. мы должны перейти на почву космополитическаго рѣшенія вопроса и притомъ въ самой широкой его формѣ. Если же мы замѣнимъ понятіе объекта, какъ «блага, охраняемаго нормою», понятіемъ «блага, принадлежащаго государству», то мы создадимъ совершенно своеобразное понятіе о принадлежности госу-

---

[1]) Изъ первыхъ сторонниковъ этой теоріи нужно назвать во Франціи Villefort, Des crimes et des délits commis à l'étranger, 1855 г.; въ Германіи—Heinze, Staatsrechtliche und strafrechtliche Erörterungen, 1870 г.; Гейнце называлъ свою доктрину теоріею пассивнаго подданства, но въ позднѣйшемъ своемъ трудѣ, Universelle und partikuläre Strafrechtspflege 1895 г., Гейнце совершенно отказался отъ этой теоріи и перешелъ къ теоріи, весьма близко примыкающей къ космополитической, признавая основаніемъ для разрѣшенія вопроса бытіе общеміровыхъ нормъ въ отличіе отъ узконаціональныхъ (Universelle und partikuläre, по Биндингу—allgemeine und besondere) и обязанность каждаго культурнаго государства охранять нормы перваго рода. «Общеміровыя нормы, говоритъ онъ, стр. 31, суть тѣ, которыя руководятъ каждымъ образованнымъ человѣкомъ, только въ силу этого его качества, безотносительно къ государству, въ которомъ онъ находится, къ государству, коего онъ подданный, и государству, противъ коего или противъ подданныхъ коего онъ направляетъ свое посягательство: нѣмецъ, убившій во Франціи испанца, нарушаетъ норму не германскаго, французскаго или испанскаго правопорядка, или даже всѣхъ трехъ вмѣстѣ, а посягаетъ на общеміровую норму. Новое воззрѣніе Heinze покоится на началахъ, высказанныхъ Биндингомъ, въ его ученіи о нормахъ, т. 1 стр. 45, прим., также стр. 98; Roland, Das internationale Strafrecht, 1897 г.; Вехтеръ, Листъ, § 20, защищая прежнюю реальную теорію, называетъ ее «Schutzprincip» или «Princip der beteiligten Rechtsordnung», но въ виду ея неполноты присоединяетъ къ ней національный принципъ или Subjectionsprincip. H. Meyer § 16, названіе теоріи затронутаго правопорядка употребляетъ для обозначенія своего космополитическаго воззрѣнія. Коркуновъ, в. с., выдѣляетъ теорію, основанную Биндингомъ, въ особую самостоятельную группу, опредѣляющую область наказуемости не пространствомъ дѣйствія закона, а пространствомъ дѣйствія нормъ.

дарству благъ личныхъ и имущественныхъ его подданныхъ. Почему недвижимая собственность, принадлежащая русскому подданному на Рейнѣ или на островѣ Уайтѣ, будетъ благомъ, принадлежащимъ Россіи, а имѣнье въ Волынской губерніи, принадлежащее какому нибудь германскому подданному, перестаетъ быть благомъ, принадлежащимъ Россіи, какъ скоро посягательство на него учинено за предѣлами Россіи?

Наконецъ, теорія реальная не полна уже и въ томъ отношеніи, что она не даетъ основанія для наказуемости туземцевъ за преступныя дѣянія, учиненныя за границею, но противъ иностраннаго государства. Оттого-то важнѣйшіе представители этого воззрѣнія и вынуждены комбинировать ее съ теоріею національною. «Руководящимъ принципомъ для уголовной юрисдикціи государства, говоритъ Роландъ (стр. 157), служитъ слѣдующее положеніе: государство уполномочено карать всѣ посягательства на его собственныя правовыя блага и на чужеземныя юридическія блага, какъ скоро послѣднія посягательства учинены его подданными. Источникомъ, изъ коего государство почерпаетъ основаніе своего карательнаго права, въ первомъ случаѣ—принадлежность государству юридическаго блага, во второмъ—принадлежность къ государству преступника. Такимъ образомъ, анализъ нормъ по ихъ цѣли и содержанію ведетъ къ установленію объема лицъ, обязанныхъ повиновеніемъ этимъ нормамъ. Повиновеніемъ запретамъ и приказамъ государства обязанъ всякій, гдѣ бы онъ ни находился, настолько, насколько онъ способенъ къ нарушенію этихъ велѣній [1]).

Главный недостатокъ всѣхъ изложенныхъ выше теорій эгоистическихъ заключается въ невѣрности или, правильнѣе, неполнотѣ основнаго положенія: вопросъ о пространствѣ дѣйствія уголовнаго закона не можетъ быть разрѣшенъ съ точки зрѣнія исключительно интересовъ индивидуальнаго государства. Общность культурныхъ цѣлей, преслѣдуемыхъ современными государствами, многообразное единеніе экономическихъ и соціальныхъ интересовъ сопредѣльныхъ державъ, заставляютъ внести существенное измѣненіе и въ понятіе международныхъ юридическихъ отношеній; заставляютъ замѣнить лежащій въ ихъ основѣ принципъ розни и противоположенія принципомъ общности и солидарности. Эта международная общность интересовъ сдѣлалась уже необходимымъ элементомъ въ конструкціи международныхъ торговыхъ и гражданскихъ правоотношеній; она уже несомнѣнно принята въ области процесса; она выдвигается нынѣ мало-по-малу и въ области права уголовнаго, такъ что уже и новѣйшіе сторонники реальнаго принципа, Биндингъ, Роландъ и Листъ, должны были въ своей аргументаціи нерѣдко становиться на почву международнаго уголовнаго права [2]).

---

[1]) Въ виду этого обстоятельства, Hälschner, System, § 55, замѣчаетъ, что реальный принципъ не заслуживаетъ названія принципа, такъ какъ онъ для наказуемости туземцевъ за посягательства, направленныя противъ иноземнаго государства, прибѣгаетъ къ помощи національнаго принципа, а для наказуемости иностранца за посягательства на иностранное государство, учиненное на нашей территоріи, къ помощи территоріальнаго принципа.

[2]) Binding, Handbuch (§ 79), отрицая возможность международнаго охранительнаго права, однако, прибавляетъ далѣе: «истинную обязанность участвовать въ міровой охранительной дѣятельности каждое государство имѣетъ въ трехъ случаяхъ: 1) Оно должно посильно участвовать въ истребительной войнѣ (Vernichtungskrieg) противъ присяжныхъ враговъ всякаго правоваго порядка, насколько эта борьба можетъ быть ведена средствами отдѣльнаго государства. Каждое анархическое злодѣяніе, каждый морской разбой, всякій торгъ неграми, всякое распространеніе заразительныхъ повальныхъ болѣзней должно подлежать наказанію по закону каждаго государства; общій врагъ долженъ вызвать солидарное противодѣйствіе. 2) Оно должно охранять юридическіе интересы, которые, ради безпрепятственныхъ международныхъ сношеній, ради наилучшаго содѣйствія благосостоянію народовъ, изъяты изъ-подъ исключительнаго распоряженія отдѣльныхъ государствъ, требуютъ общей юридической охраны всѣхъ культурныхъ государствъ, таковы: нейтрализированные каналы, телеграфныя линіи, госпитали, перевязочные пункты и т. п. 3) Юридическіе интересы, которые хотя и состоятъ въ исключительномъ обладаніи одного государства, но вмѣстѣ съ тѣмъ имѣютъ такое же важное значеніе и для другихъ культурныхъ государствъ, также должны быть приняты подъ международную охрану, таковы: неподдѣльность денежныхъ знаковъ, неподдѣльность товаровъ, составляющихъ предметъ международнаго торга и т. д.». Но не выражаютъ ли подобныя исключенія въ дѣйствительности признаніе несостоятельности эгоистическаго принципа?

Поэтому, болѣе правильную постановку вопроса даютъ такъ называемыя космополитическія теоріи, хотя нѣкоторыя изъ нихъ, благодаря своей неопредѣленности, впадаютъ въ другую крайность.

Зачатки космополитической или универсальной теоріи встрѣчаются еще у криминалистовъ начала нынѣшняго столѣтія, напр., у Грольмана, но формулирована она была впервые Бульмерингомъ въ его монографіи о правѣ убѣжища 1853 г. и въ особенности фонъ-Молемъ въ его трудѣ: Международное ученіе о правѣ убѣжища.

Отправная мысль этой теоріи такова: правовый порядокъ есть общее достояніе всѣхъ государствъ, есть всеобщій правовый порядокъ, а потому задача каждаго государства состоитъ въ содѣйствіи всѣми своими силами установленію возможно совершеннаго правоваго порядка въ мірѣ. Преступное дѣяніе есть нарушеніе этого, охватывающаго всѣ государства правоваго порядка. Государство не выполнитъ свою задачу доставлять, насколько для него возможно, праву побѣду надъ неправомъ, если оно ограничится только оказаніемъ юридической помощи другимъ государствамъ въ борьбѣ съ преступниками; напротивъ того, оно обязано само осуществлять карательную дѣятельность относительно преступныхъ дѣяній, безотносительно къ тому, гдѣ, кѣмъ и противъ кого оно было учинено; государство должно осуществлять всемірное правосудіе. Всякое государство можетъ наказывать или выдавать за всякое преступное дѣяніе, гдѣ бы оно ни было учинено, во имя единой юстиціи и единаго права. Всякое государство, въ фактическомъ обладаніи коего находится преступникъ, имѣетъ не только право, но и обязанность его наказать: посягнувшій на одного члена международнаго общенія посягаетъ на весь организмъ.

Но въ такой всеобъемлющей формѣ эта теорія допускаетъ одно весьма крупное возраженіе: положенное въ основу его предположеніе объ общности юридическихъ интересовъ отдѣльныхъ государствъ покоится на предположеніи о тождествѣ политическаго и соціальнаго строя всѣхъ государствъ, чего въ дѣйствительности, конечно, мы не находимъ.

Поэтому уже Моль (стр. 710 и сл.) существенно ограничилъ это ученіе, признавая обязанность международной защиты только по отношенію къ юридическимъ интересамъ, общимъ всѣмъ государствамъ, и исключая возможность подобной охраны по отношенію къ посягательствамъ, имѣющимъ національный характеръ: таковы, напр., посягательства политическія, религіозныя, въ особенности полицейскія. Сверхъ того, по мнѣнію Моля, существеннымъ условіемъ выполненія международныхъ уголовныхъ обязанностей является выдача преступниковъ; поэтому онъ такъ резюмируетъ (ст. 725) свою, какъ онъ называетъ, посредствующую теорію: «государство принимаетъ на себя обязанность содѣйствовать возстановленію правоваго порядка и внѣ его территоріи, какъ скоро безъ его содѣйствія такое возстановленіе представляется затруднительнымъ. Это содѣйствіе, смотря по обстоятельствамъ, можетъ заключаться или въ принятіи предупредительныхъ мѣръ, или въ наказаніи . . . наказаніе или будетъ примѣняемо собственными судами государства, на основаніи его законовъ, или будетъ осуществляемо путемъ выдачи преступника тому государству, права коего были нарушены. Первая система будетъ примѣняться по отношенію къ преступнымъ дѣяніямъ, учиненнымъ подданнымъ государства, содѣйствующаго охранѣ; выдаваемы же будутъ подданные государства, гдѣ было совершено преступное дѣяніе, или подданные третьяго государства, но только въ томъ случаѣ, когда они обвиняются въ посягательствахъ на права частныхъ лицъ».

Еще большія ограниченія космополитическаго принципа выставляютъ другіе позднѣйшіе его защитники. Такъ, Ортоланъ (№ 880 и сл.) говоритъ, что «право государства наказывать за преступныя дѣянія, учиненныя внѣ его предѣловъ, по отношенію къ его подданнымъ, представляется безусловнымъ, а по отношенію къ иностранцамъ требуетъ наличности слѣдующихъ условій: 1) чтобы преступное дѣяніе принадлежало къ числу наиболѣе тяжкихъ и 2) чтобы подобное дѣяніе было учинено относительно подданнаго наказывающаго государства. Во всѣхъ прочихъ случаяхъ право изгнанія иностранца изъ своихъ предѣловъ или право выдачи его могутъ служить вполнѣ достаточною соціальною гарантіею».

Къ теоріи космополитической, хотя нѣсколько и по другимъ основаніямъ, примкнулъ нынѣ и пр. Гельшнеръ (§ 56 и сл.) [1]. Государство, говоритъ онъ, призвано устранять и

[1]) Прежде, въ особенности въ System des preussischen Strafrechts, Гельшнеръ былъ защитникомъ территоріальнаго принципа. Въ защиту Weltrechtsprincip высказывается также Geyer, Grundriss,

сглаживать противоположеніе частной воли правовымъ нормамъ; эта обязанность не зависитъ ни отъ мѣста, гдѣ учинено преступное дѣяніе, ни отъ блага, на которое посягаетъ виновный, а только отъ воли, изъ которой оно проистекаетъ. Какъ скоро преступникъ находится на нашей территоріи, мы не можемъ разсматривать его неправомѣрную преступную волю, какъ правомѣрную; то обстоятельство, что данное преступное лицо является у насъ общникомъ нашего правоваго порядка, создаетъ для нашего государства право преслѣдовать его за учиненное имъ гдѣ бы то ни было преступное дѣяніе [1]). Осуществленіе этого права будетъ имѣть практическія ограниченія: во-1-хъ, въ различіи законодательствъ отдѣльныхъ государствъ и, во-2-хъ, въ возможности для каждаго государства примѣнять только свои уголовные законы. Каждое государство по справедливости и, такъ сказать, по природѣ правоуполномочено къ наказанію всякихъ преступныхъ дѣяній, хотя бы учиненныхъ за его предѣлами, и только по соображеніямъ цѣлесообразности, въ виду неудобствъ процессуальныхъ, оно можетъ замѣнить судъ выдачею, или даже простою высылкою за предѣлы государства.

83. Настоящій вопросъ, и по моему мнѣнію, не можетъ быть разрѣшенъ исключительно съ точки зрѣнія теорій эгоистическихъ, безъ присоединенія къ ученію о защитѣ національныхъ интересовъ соображеній о значеніи карательной дѣятельности государства въ сферѣ международныхъ отношеній [2]).

Охрана государственныхъ, общественныхъ и частныхъ интересовъ даетъ содержаніе, опредѣляетъ цѣль и установляетъ условія карательной дѣятельности государства. Осуществляя эту задачу, государство опредѣляетъ кругъ запрещенныхъ дѣяній, требуетъ подчиненія всѣхъ и каждаго своимъ велѣніямъ подъ угрозою уголовной отвѣтственности за неисполненіе и, наконецъ, дѣйствительно примѣняетъ уголовное взысканіе къ нарушителямъ своихъ велѣній. Если бы мы могли представить государство, замкнутое въ себѣ, отдѣленное отъ прочихъ государствъ китайскою стѣною, то эта его задача получила бы безусловно національную окраску: государство охраняло бы только свои интересы, карало бы только своихъ подданныхъ за неисполненіе его велѣній, имѣло бы дѣло только съ преступными дѣяніями, учиненными на его территоріи.

стр. 92; Heinze, Schwarze, Ullmann, Lilienthal, Lammasch, Auslieferungspflicht, V. Martitz, Jettel; Harburger, Zwei Grundfragen des sogenanten internationalen Strafrechts, L. Z. XX стр. 607; изъ итальянцевъ—Саггага, Brusa; изъ русскихъ—Н. Сергѣевскій.

[1]) Преступное дѣяніе, какъ говоритъ Бруза, передвигается или путешествуетъ вмѣстѣ съ преступникомъ.

[2]) Ср. Мартенсъ II, § 87; также Hugo Meyer, въ послѣднемъ изданіи учебника, § 16. Ср. также вѣрныя замѣчанія о необходимости взаимопомощи культурныхъ государствъ въ борьбѣ съ преступленіями у Маршица, введеніе; Jettel, стр. 218, даже называетъ космополитическую теорію нынѣ господствующею. Н. Коркуновъ, в. с., признавая несостоятельными эгоистическія теоріи, возражаетъ и противъ теоріи космополитической, находя ее неопредѣленной и расплывчатой; онъ самъ полагаетъ, что неудовлетворительная постановка вопроса происходитъ отъ смѣшенія двухъ понятій: объема карательной власти и соотношенія законовъ различныхъ государствъ, полагая, что карательная власть можетъ основываться не только на мѣстныхъ государственныхъ законахъ, но и на международномъ правѣ и даже на иностранныхъ законодательствахъ, хотя и въ ограниченномъ объемѣ. Но такая безъ-доказательная постановка одинаково противорѣчитъ и постановленіямъ всѣхъ кодексовъ о дѣйствіи закона за предѣлами территоріи и процессуальнымъ основамъ карательнаго права, основывающагося единственно на законѣ, отъ верховной власти страны исходящемъ.

Но подобнаго замкнутаго государства мы нынѣ не можемъ себѣ и представить: это была бы фикція, лишенная всякой реальной почвы, а потому и не пригодная ни для какихъ юридическихъ построеній. Вспомнимъ, какое количество иностранцевъ проживаетъ въ Россіи, сколько русскихъ находится за границею, а потому, прежде всего, наше правосудіе не можетъ игнорировать: ни посягательства, учиненныя въ нашихъ предѣлахъ на иностранцевъ, проживающихъ въ Россіи, ни посягательства, учиненныя ими у насъ. Съ другой стороны, преступныя дѣянія, учиненныя въ чужихъ странахъ, разнообразно, прямо или косвенно, могутъ вредить и вредятъ нашимъ интересамъ. Поддѣлка нашихъ ассигнацій за границей весьма не безразлична для насъ въ виду того, что эти ассигнаціи перейдутъ и къ намъ, что появленіе ихъ на иностранныхъ денежныхъ рынкахъ причиняетъ прямой ущербъ нашему кредиту; крупное мошенничество, вызвавшее несостоятельность какого нибудь торговаго дома въ Гамбургѣ, можетъ произвести несостоятельность нашихъ торговыхъ фирмъ; убійство или изувѣченіе за границею лица, котораго семья находится въ Россіи, можетъ причинить не только нравственное, но и матеріальное разореніе этой семьи и т. д. Наконецъ, нельзя забывать, что общность культурной жизни, сходство нравственныхъ правилъ создаетъ возможность для преступныхъ дѣяній, въ особенности для тяжкихъ преступленій, вызывать далеко за предѣлами ихъ совершенія если не матеріальное, то нравственное потрясеніе: взрывъ адской машины въ Бременской гавани, стоившій жизни столь многихъ жертвъ, злодѣйское убійство, учиненное въ Парижѣ Тропманомъ, вызываютъ въ Петербургѣ не менѣе удручающее нравственное настроеніе, какъ и убійство, учиненное въ Тифлисѣ или Владивостокѣ.

Эти условія современной международной жизни заставляютъ каждое государство, включенное по своей культурѣ въ общій союзъ государствъ:

1) сознавать себя членомъ международнаго общенія, стоящимъ въ извѣстныхъ отношеніяхъ къ другимъ государствамъ, а потому, благодаря этому общенію, имѣющимъ извѣстныя права и несущимъ извѣстныя обязанности по отношенію къ другимъ государствамъ общенароднаго союза;

2) участвовать, болѣе или менѣе активно, въ разнаго рода международныхъ предпріятіяхъ, направленныхъ къ поддержанію и развитію интересовъ промышленности, торговли, науки и т. д.;

3) наконецъ, измѣнять, въ виду своихъ международныхъ отношеній, объемъ и содержаніе своей охранительно-карательной дѣятельности.

Это измѣненіе, имѣющее прямое отношеніе къ разбираемому вопросу, проявляется въ троякомъ видѣ:

Интересы иноземнаго государства и его подданныхъ ставятся при извѣстныхъ условіяхъ наравнѣ съ туземными.

Туземные интересы получаютъ значеніе международныхъ, т. е. ставятся, также при извѣстныхъ условіяхъ, подъ охрану законовъ другихъ государствъ.

Создаются международные или общечеловѣческіе интересы, пользующіеся охраною всѣхъ отдѣльныхъ государствъ.

Сообразно этому расширенію области правоохраны:

во-1-хъ, измѣняется объемъ карательной дѣятельности государства относительно преступныхъ дѣяній, учиненныхъ на его территоріи. Государство не только признаетъ наказуемыми всѣ преступныя дѣянія, учиненныя иностранцами на его территоріи, но и всѣ посягательства, направленныя на иностранцевъ, находящихся на его территоріи; мало того, государство беретъ подъ свою защиту даже блага иностранныхъ подданныхъ, въ моментъ посягательства не находившихся въ предѣлахъ нашей территоріи, а равно блага или интересы общественные или государственные иноземныхъ державъ, какъ скоро преступныя посягательства противъ нихъ были учинены на нашей территоріи. Въ опредѣленіи Правительствующаго Сената по дѣлу Іегера (92/59), въ коемъ возбуждался вопросъ о правѣ проживающаго за границею иностранца возбуждать въ установленномъ порядкѣ въ нашихъ судебныхъ мѣстахъ дѣла объ оскорбленіи или опозореніи въ газетѣ, издающейся въ Россіи, было высказано, что хотя законы создаются для потребностей страны, но современныя условія государственной жизни настолько измѣнили и расширили самое понятіе о потребностяхъ страны... что представленіе объ иностранцѣ и его интересахъ, какъ о чемъ то враждебномъ или чуждомъ интересамъ страны, не находитъ болѣе выраженія въ современныхъ законахъ. Общность интересовъ промышленныхъ, торговыхъ, умственныхъ, по необходимости, побудила расширить область государственной охраны и подъ защиту карательныхъ законовъ поставить въ нѣкоторыхъ случаяхъ, наравнѣ съ интересами туземцевъ, и интересы иностранцевъ [1]);

во-2-хъ, создается уголовно-охранительная дѣятельность по отношенію къ преступнымъ посягательствамъ, учиненнымъ за предѣлами территоріи, и притомъ въ двоякомъ направленіи. Прежде всего: а) въ интересахъ нашей страны, ради правоохраняемыхъ нашихъ интересовъ, которымъ причиняется вредъ или которые подвергаются опасности въ силу подобныхъ внѣ-территоріальныхъ преступныхъ посягательствъ; таковы: посягательства на права и блага нашихъ подданныхъ, проживающихъ за границею, посягательства на права лицъ, въ моментъ посягательства пребывающихъ въ предѣлахъ нашей территоріи, а равно на пользующіеся юридическою охраною наши интересы государственные и общественные, насколько, конечно, посягательства двухъ послѣднихъ категорій, по свойству самыхъ благъ или по условіямъ преступной дѣятельности, возможны и внѣ предѣловъ нашей территоріи, причемъ для отвѣтственности за подобныя посягательства безразлично, кѣмъ они учинены, нашимъ подданнымъ или иностранцемъ. Далѣе, б) въ интересахъ другихъ державъ, входящихъ въ международный союзъ; таковы посягательства на интересы иностранныхъ государствъ или иностранцевъ, все равно, учинены ли эти посягательства нашими подданными или иностранцами.

При современныхъ условіяхъ государственной жизни, первичною, а

---

[1]) Ср. E. Clunet, Offenses et actes hostiles commis par des particuliers contre un état étranger, 1887 г.

потому и нормальною формою охраны, является охрана территоріальная, преслѣдованіе преступныхъ дѣяній, учиненныхъ въ предѣлахъ государства. Поэтому и посягательства, учиненныя за предѣлами нашего государства, хотя бы и направленныя противъ нашего государства или нашихъ подданныхъ, подлежатъ уголовному преслѣдованію прежде всего по законамъ и властью той страны, гдѣ преступное дѣяніе было учинено. Такимъ образомъ, право государства преслѣдовать дѣянія, учиненныя внѣ предѣловъ его территоріи, является правомъ субсидіарнымъ или въ исключительныхъ случаяхъ альтернативнымъ по отношенію къ законамъ мѣста учиненія.

Осуществленіе такого субсидіарнаго карательнаго права предполагаетъ два условія:

Съ одной стороны, необходимо, чтобы преступникъ находился въ такомъ положеніи, чтобы къ нему могла быть примѣнена наша карательная власть, то-есть, чтобы преступникъ во время суда и примѣненія къ нему наказанія находился на нашей территоріи.

Съ другой стороны, также необходимо, чтобы государство, имѣющее преимущественное право на судъ и наказаніе, т. е. государство мѣста учиненія преступнаго дѣянія: а) или не могло осуществить своего карательнаго права, потому что преступникъ, тотчасъ по совершеніи преступнаго дѣянія, бѣжалъ на нашу территорію; б) или не хотѣло осуществить этого права, не возбуждая преслѣдованія, хотя виновный оставался на его территоріи послѣ учиненія преступнаго дѣянія и только впослѣдствіи уже явился на нашу территорію; в) или, наконецъ, проявленная тѣмъ государствомъ охранительная дѣятельность представляется съ точки зрѣнія нашихъ интересовъ недостаточною, когда, напр., тяжкое посягательство на нашъ государственный строй, на нашу государственную организацію облагается, по законамъ мѣста учиненія этихъ дѣяній, слишкомъ маловажными взысканіями.

Какъ можно видѣть изъ предшествующаго изложенія, государство можетъ пользоваться своимъ субсидіарнымъ правомъ или ради собственныхъ интересовъ, оставшихся безъ надлежащей охраны, или въ интересахъ сохраненія дружественныхъ отношеній съ тою державою, гдѣ было учинено преступное дѣяніе и откуда преступникъ убѣжалъ къ намъ, или же, наконецъ, ради общихъ интересовъ справедливости, требующихъ, чтобы тяжкія преступныя посягательства, въ особенности посягательства на права личности, не оставались безъ наказанія, т. е. требующихъ примѣненія субсидіарнаго права по основаніямъ этическимъ.

Далѣе, государство можетъ или воспользоваться этимъ своимъ правомъ, или ограничиться тою охраною, которую даютъ законы мѣста учиненія. Въ послѣднемъ случаѣ, государство можетъ оставить вовсе безъ преслѣдованія прибывшаго къ нему преступника, и выдать его для суда и наказанія тому государству, въ коемъ преступное дѣяніе было учинено. Въ этомъ отношеніи выдача является несомнѣнно суррогатомъ права суда.

Это субсидіарное карательное право для своего практическаго осуществленія должно покоиться на реальномъ основаніи, т. е. на прямо и положительно выраженномъ велѣніи надлежащей авторитетной воли. Какъ было

указано выше, выраженіемъ этой воли, при современномъ государственномъ строѣ, является законъ. Слѣдовательно, и охрана интересовъ, вызываемая международными отношеніями государства, должна также найти свое прямое выраженіе въ законахъ уголовныхъ.

Относительно преступныхъ дѣяній, учиняемыхъ въ предѣлахъ территоріи иностранцами или противъ иностранцевъ, это выполняется двоякимъ путемъ. Или государство даетъ такое опредѣленіе извѣстнымъ преступнымъ дѣяніямъ, что они прямо по составу своему объемлютъ всѣ случаи этого рода; такъ, напр., постановленія объ убійствѣ, тѣлесныхъ поврежденіяхъ, кражѣ, и т. п. во всѣхъ кодексахъ конструированы такъ, что подъ дѣйствіе соотвѣтственныхъ статей подойдетъ и убійство иностранца или кража, учиненная иностранцемъ. Или же, если государство считаетъ невозможнымъ признать вполнѣ тождественными, по условіямъ наказуемости, посягательства на однородные интересы туземные и иностранные, оно даетъ относительно подобныхъ случаевъ особыя постановленія, какъ, напр., въ ст. 134 нашего уголовнаго уложенія.

Относительно же посягательствъ, учиненныхъ за предѣлами территоріи, первый изъ указанныхъ выше пріемовъ ни въ какомъ случаѣ, конечно, примѣняемъ быть не можетъ, т. е. ни въ какомъ случаѣ постановленія нашего уголовнаго уложенія, сами по себѣ, безъ особаго указанія на то законодательной власти, на дѣянія этого рода распространяемы быть не могутъ. Для нашего дѣйствующаго права это вытекаетъ изъ статей 4-й и сл.

Такимъ образомъ, распространеніе дѣйствія нашего уголовнаго закона на преступныя дѣянія, учиненныя за предѣлами государства, совершается: 1) путемъ трактатовъ, заключаемыхъ двумя или болѣе государствами; таковы, напр., трактаты объ охранѣ международныхъ подводныхъ телеграфовъ, о мѣрахъ предупрежденія заразительныхъ болѣзней, о перевозкѣ взрывчатыхъ веществъ и т. д., или же 2) путемъ спеціальныхъ постановленій по сему предмету, вносимыхъ въ уголовные законы, постановленій, опредѣляющихъ объемъ и условія примѣненія субсидіарнаго карательнаго права. Таковы въ дѣйствующемъ уложеніи ст. 9—12.

И въ томъ, и въ другомъ случаѣ, вытекающее изъ его международныхъ отношеній право государства наказывать за преступныя дѣянія, учиненныя за предѣлами государства, покоится на его собственной волѣ, выраженной въ его уголовномъ законѣ, или въ утвержденномъ имъ трактатѣ. Поэтому, какъ справедливо замѣчаетъ Биндингъ (§ 78), государство можетъ осуществлять свое карательное право только тогда, когда преступникъ находится въ его власти, и въ опредѣленіи отвѣтственности его судебные органы могутъ руководствоваться только отечественными законами, такъ какъ только по отношенію къ нимъ они являются управомоченными органами; примѣненіе иноземныхъ законовъ, хотя бы въ силу фикціи представительства, не только практически невозможно, но и теоретически не имѣетъ за собою никакихъ юридическихъ основаній.

При такой постановкѣ вопроса, не можетъ быть и рѣчи о нарушеніи судомъ и наказаніемъ преступниковъ, учинившихъ преступныя дѣянія за границею, суверенитета другихъ государствъ. Каждое государство имѣетъ

полное и неоспоримое право карать всѣ преступныя дѣянія, учиненныя на его территоріи, и никакое другое государство не можетъ вмѣшиваться въ эту его карательную дѣятельность; но вопросъ совершенно измѣняется, когда преступникъ бѣжалъ въ другое государство; государство, въ коемъ учинено преступное дѣяніе, можетъ обратиться съ требованіемъ о выдачѣ бѣжавшаго, но оно отнюдь не можетъ вмѣшиваться въ юридическія отношенія, возникающія между преступникомъ и государствомъ, въ которомъ онъ нашелъ убѣжище. Нарушеніемъ суверенитета было бы отрицаніе права государства наказать бѣжавшаго въ его предѣлы преступника, а не признаніе таковаго права. Установленіе въ уголовныхъ законахъ правилъ объ отвѣтственности за преступныя дѣянія, учиненныя за границею, заключаетъ въ себѣ въ сущности опредѣленіе объема и условій наказуемости дѣянія въ предѣлахъ территоріи.

Точно также упрекъ въ томъ, что признаніемъ за государствомъ права наказывать преступныя дѣянія, учиненныя за предѣлами государства, создается неразрѣшимая коллизія уголовныхъ законовъ, мѣстнаго и иностраннаго, всего менѣе относится къ изложенной выше универсальной теоріи. Какъ скоро мы будемъ разсматривать это право не какъ простое проявленіе карательной власти государства, связующей подданныхъ государства, гдѣ бы они ни находились, или охраняющей національные интересы, гдѣ бы на нихъ ни посягали, а будемъ разсматривать это право только какъ субсидіарное, создающееся въ силу международнаго общенія государствъ, то коллизія становится не реальною, а мнимою. Мы будемъ примѣнять субсидіарное карательное право только въ томъ случаѣ, когда мѣстные законы не дѣйствуютъ или не могутъ дѣйствовать [1]).

Наконецъ, спеціально противъ примѣненія нашего уголовнаго закона къ иностранцамъ, учинившимъ преступное дѣяніе за границею, дѣлаютъ то возраженіе, что такимъ образомъ мы примѣняемъ къ дѣйствіямъ человѣка-преступника такой законъ, который онъ не могъ и не долженъ былъ знать, и которому, слѣдовательно, онъ не былъ обязанъ подчиняться. Но это возраженіе прежде всего одинаково относится ко всѣмъ теоріямъ, допускающимъ наказуемость преступныхъ дѣяній, учиненныхъ за границею. Иностранецъ, за границею,посягающій на охраняемыя нашими законами блага, такъ же мало имѣетъ возможности и обязанности ознакомиться съ нашими законами, какъ и посягающій на блага иноземнаго государства; да можемъ ли мы требовать такого знакомства и отъ русскаго подданнаго, долгіе годы пребывающаго въ Парижѣ, или, еще болѣе, родившагося и воспитаннаго за границею, можетъ быть, даже не понимающаго по-русски? Далѣе, идя послѣдовательно, мы должны на подобномъ основаніи допустить такую ненаказуемость и для иностранца, учинившаго преступное дѣяніе тотчасъ по прибытіи въ Россію; очевидно, что и онъ въ два или три дня не могъ ознакомиться съ чуждыми законами, на чуждомъ ему языкѣ. Но все это возраженіе становится не только непрактичнымъ, но и невѣрнымъ, какъ скоро мы обратимся къ ученію о знаніи

---

1) Подробный и обстоятельный разборъ обоихъ приведенныхъ въ текстѣ возраженій, хотя и съ точки зрѣнія реальной теоріи, у Роланда, стр. 42—92.

запрещенности дѣянія, какъ условія вмѣняемости. Такимъ условіемъ является знаніе о преступности, а не о наказуемости дѣянія и ея размѣрахъ, знаніе о бытіи запретительной нормы, а не знаніе уголовнаго закона, въ которомъ эта норма воплотилась. Можетъ ли иностранецъ, учинившій въ Парижѣ поджогъ, убійство, кражу и т. д. и бѣжавшій въ Россію, въ случаѣ привлеченія его къ отвѣтственности, ссылаться въ свое оправданіе, что онъ не зналъ, что такія дѣянія считаются въ Россіи преступными? Не будетъ ли подобная система оправданія слишкомъ наивною? Данное возраженіе можетъ имѣть значеніе при опредѣленіи объема дѣяній, за которыя могутъ быть привлекаемы къ отвѣтственности иностранцы, но не для рѣшенія вопроса въ принципѣ.

84. Обращаясь къ разсмотрѣнію постановленій отдѣльныхъ законодательствъ по данному вопросу, мы встрѣтимъ между ними также весьма существенныя различія, причемъ большинство весьма ограниченно допускаетъ уголовное преслѣдованіе преступныхъ дѣяній, учиненныхъ за предѣлами страны. Такъ, кодексъ французскій, только послѣ закона 27 Іюня 1866 г., установилъ отвѣтственность французовъ за преступленія или проступки, учиненные за границею, а иностранцевъ наказываетъ только за весьма немногія преступленія, направленныя противъ Франціи, и лишь по нѣкоторымъ спеціальнымъ законамъ за нарушенія[1]). Столь же ограниченными представляются постановленія бельгійскаго уложенія и закона 17 Апрѣля 1878 г., допускающаго, впрочемъ, преслѣдованіе иностранца за преступленіе, учиненное имъ за границею, но въ соучастіи съ бельгійцемъ, а кодексъ германскій, даже послѣ новеллы 1876 г., сохранилъ въ § 4 какъ бы руководящее положеніе, что «за преступленія и проступки, учиненные за границею, по общему правилу не возбуждается уголовное преслѣдованіе», а затѣмъ устанавливаетъ отвѣтственность германскихъ подданныхъ—а) безусловно за мятежъ и измѣну (Hoch und Landesverrath), поддѣлку денежныхъ знаковъ, преступленія или проступки по службѣ дипломатической за границею и за нѣкоторыя спеціальныя нарушенія [2]), а затѣмъ б) условно за всѣ прочіе преступленія и проступки, а именно если они воспрещены по законамъ мѣста учиненія и учинившій не былъ за нихъ привлеченъ къ отвѣтственности. Иностранецъ же можетъ отвѣчать только въ случаяхъ, указанныхъ выше для нѣмецкихъ подданныхъ подъ лит. а; и сверхъ сего, въ другихъ случаяхъ, если виновный по учиненіи дѣянія сдѣлался германскимъ подданнымъ. Далѣе пошла въ смыслѣ принятія космополитическаго принципа Германія въ законѣ о взрывчатыхъ веществахъ 1884 г. Весьма близко по своимъ началамъ къ германскому уложенію стоитъ голландскій кодексъ, допускающій отвѣтственность иностранцевъ только за учиненныя ими за предѣлами Голландіи посягательства на ея государственные интересы, съ прибавленіемъ еще случаевъ морского разбоя. Гораздо далѣе, приближаясь къ

---

1) Ср. подробный разборъ этихъ постановленій у Garraud, § 142 и сл.; Molinier, I, стр. 262 и сл.; для Бельгіи Thiry, № 443 и сл.

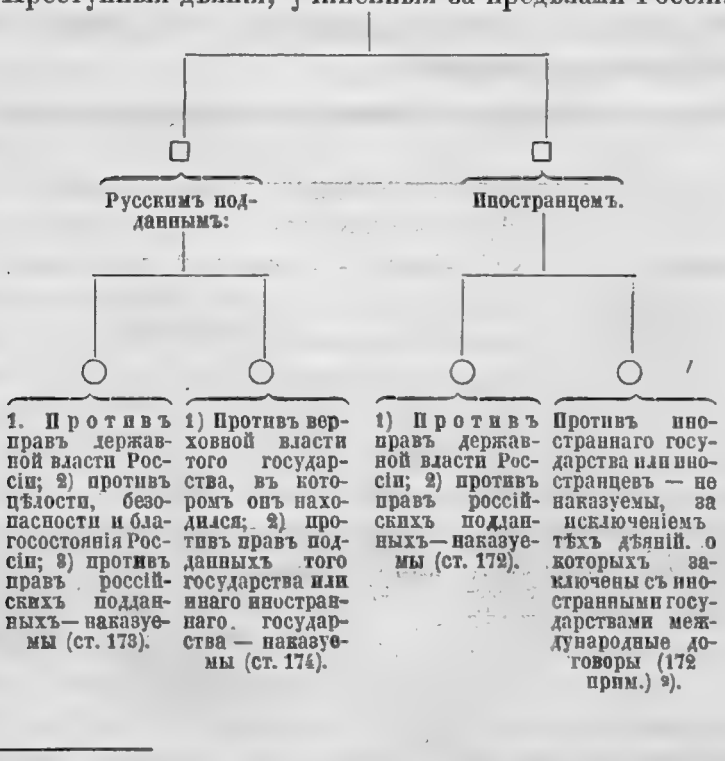
2) Ср. перечень Листа, § 21, IV, 1.

космополитической теоріи, идетъ австрійское уложеніе, а изъ новыхъ венгерскій кодексъ, опредѣляя отвѣтственность не только туземцевъ, но и иностранцевъ за преступленія и проступки, учиненные за границею, какъ скоро эти дѣянія воспрещены по законамъ мѣста учиненія и виновные не были за нихъ судимы и наказаны, и не могутъ подлежать выдачѣ; преслѣдованіе возбуждается только по предложенію министра юстиціи. Такую же систему проводитъ итальянское уложеніе, ставя объемъ и условія преслѣдованія дѣяній, учиненныхъ за границею, въ зависимость отъ размѣровъ установленнаго за эти дѣянія по итальянскому уложенію наказанія, а равно и норвежскій проектъ [1]). Напротивъ того, крайнимъ представителемъ теоріи территоріальной и понынѣ является Англія, допускающая отвѣтственность только за убійство, а равно и Сѣверо-Американскіе Штаты.

Нашъ сводъ законовъ ставилъ общее положеніе (ст. 189, по изд. 1842 г.), что «россійскіе подданные, въ другихъ государствахъ пребывающіе, въ случаѣ уголовныхъ преступленій, судятся и наказываются по законамъ той страны, гдѣ ими учинено преступленіе», а затѣмъ для русскихъ подданныхъ, бѣжавшихъ послѣ совершенія преступленія въ Россію или намъ выданныхъ, сводъ допускалъ широкую отвѣтственность, а именно, за всѣ преступленія такъ же, какъ если бы они были совершены въ предѣлахъ Россіи.

Уложеніе о наказаніяхъ 1845 г. развило и систематизировало эти положенія, и его постановленія могутъ быть изображены въ видѣ слѣдующей схемы.

Преступныя дѣянія, учиненныя за предѣлами Россіи:



[1]) Ср. сопоставленіе различныхъ законодательствъ у Swinderer, стр. 58 и сл.

[2]) Постановленія о наказуемости внесены закономъ 8 марта 1893 г.

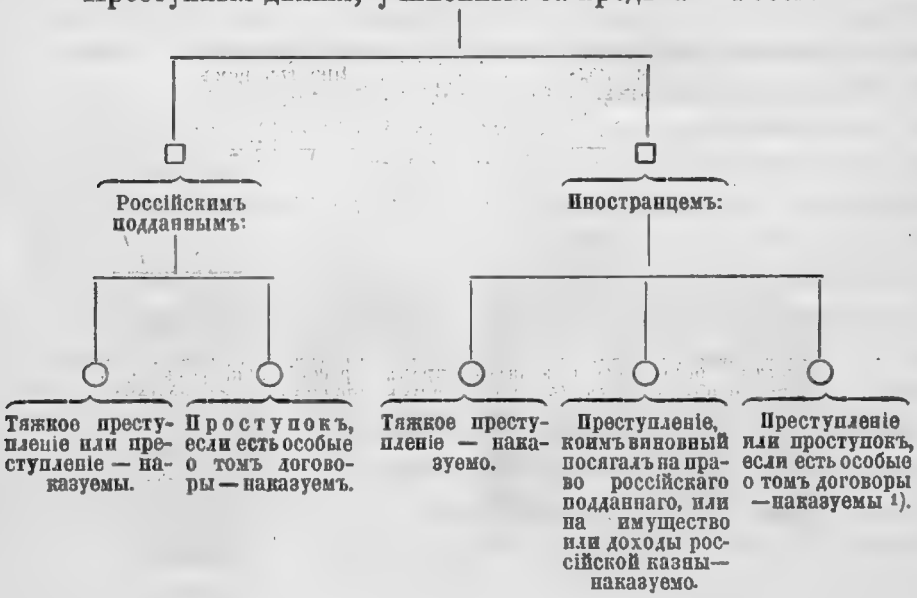
Объемъ отвѣтственности по уложенію 1845 г. за дѣянія, учиненныя за границею, представлялся весьма неопредѣленнымъ. Отвѣтственность допускалась только за преступленія, въ смыслѣ уложенія 1845 г., т. е. за посягательства на права, но не за посягательства на постановленія, ограждающія права, т. е. не за полицейскія нарушенія; отступленіе допущено только по закону 1893 г. Далѣе, изъ посягательствъ на права отдѣльныхъ гражданъ почитались ненаказуемыми посягательства на права иностранцевъ, совершенныя иностранцами, посколько (по зак. 1893 г.) не содержалось иныхъ постановленій въ трактатахъ.

При государственныхъ преступленіяхъ самый широкій объемъ установленъ относительно наказуемости посягательствъ русскихъ подданныхъ на интересы россійскаго государства, такъ какъ въ этомъ случаѣ они наказывались за посягательства не только на государственный строй, но и на цѣлость, безопасность и благосостояніе Россіи; слѣдовательно, благодаря неопредѣленности редакціи, подъ эти постановленія могли быть подводимы и посягательства на порядокъ управленія, и даже на права и доходы казны. Во всѣхъ прочихъ случаяхъ были наказуемы только посягательства на державныя права государства, т. е. посягательства на ниспроверженіе существующаго въ данной странѣ государственнаго порядка. При этомъ законъ нашъ наказывалъ подобныя попытки, независимо отъ формы правленія, противъ которой они направлялись.

Въ общемъ, уложеніе 1845 г. въ своихъ постановленіяхъ всего ближе подходило къ теоріи реальной, но законъ 1899 г. внесъ значительную примѣсь теоріи космополитической.

По дѣйствующему уголовному уложенію, схема отвѣтственности представляется нѣсколько въ иномъ видѣ:

Преступныя дѣянія, учиненныя за предѣлами Россіи:



[1]) Къ нарушеніямъ приравниваются и проступки, въ трактатахъ указанные, хотя бы они и не подходили подъ вторую категорію.

Такимъ образомъ, здѣсь главнымъ признакомъ наказуемости ставится не свойство нарушенныхъ интересовъ, а важность учиненнаго дѣянія, а потому, напр., всякое тяжкое преступленіе, учиненное за предѣлами Россіи, можетъ быть наказуемо по нашимъ законамъ, кто бы ни былъ виновный и противъ кого бы данное дѣяніе ни направлялось; преступленіе, если оно совершено нашимъ подданнымъ или противу правъ нашего подданнаго, или противъ имущества и доходовъ русской казны, и, наконецъ, проступки наказуемы, если они совершены нашими подданными или иностранцами и относительно сего заключены особые трактаты съ тѣмъ государствомъ, въ коемъ нарушеніе совершилось.

Сверхъ того, законъ допускаетъ въ ст. 10 п. 4 еще одно общее исключеніе, а именно, что не могутъ быть преслѣдуемы и наказываемы въ Россіи тѣ преступники, относительно коихъ не допускается, согласно договорамъ, выдача, т. е. иностранцы, учинившіе за границею преступленія и проступки политическіе.

85. При этомъ, для наказуемости преступныхъ дѣяній, учиненныхъ за границею, по дѣйствующему уложенію требуется наличность слѣдующихъ условій:

1) Дѣяніе должно быть запрещено у насъ подъ страхомъ наказанія, такъ какъ только въ этомъ случаѣ и можетъ возникнуть право нашего государства подвергнуть наказанію виновнаго и право и обязанность нашихъ судебныхъ установленій возбуждать уголовное преслѣдованіе и судить обвиняемыхъ.

2) Въ тѣхъ случаяхъ, когда караются не всѣ преступныя дѣянія, учиненныя за границею, а только важнѣйшія, принадлежность даннаго дѣянія къ важнѣйшимъ, его юридическая характеристика, конечно, должна опредѣляться по нашимъ законамъ; такимъ образомъ, выраженія «преступленіе», «проступокъ» должны быть понимаемы въ смыслѣ, приданномъ имъ ст. 3, причемъ въ основаніе принимается при возбужденіи преслѣдованія—высшее наказаніе, назначенное въ законѣ за дѣяніе, въ коемъ обвиняется данное лицо, а при назначеніи наказанія—высшее наказаніе, опредѣленное въ законѣ за дѣяніе, въ коемъ оно признано виновнымъ.

3) Дѣяніе должно быть воспрещено подъ страхомъ наказанія по законамъ той страны, гдѣ оно было учинено, такъ какъ это положеніе вытекаетъ изъ самаго понятія о субсидіарности международнаго карательнаго права. Каждое лицо можетъ считать недозволеннымъ лишь то, что почитается преступнымъ въ мѣстѣ учиненія дѣянія. Это начало, усвоенное всѣми новѣйшими европейскими законодательствами, въ нашемъ дѣйствующемъ правѣ прямо указано въ п. 1 ст. 10.

Но изъ этого положенія всѣ законодательства допускаютъ изъятія въ видахъ охраны собственныхъ интересовъ; такъ, по французскому закону 1866 г. для наказуемости за проступки, учиненные за границею французскими подданными, требуется это условіе, а для наказуемости за преступленія необходимо только, чтобы они были запрещены по французскимъ законамъ; по германскому кодексу запрещенность по законамъ мѣста учиненія не

требуется для наказуемости бунта, измѣны, поддѣлки германскихъ денежныхъ знаковъ и служебно-дипломатическихъ преступленій, причемъ безразлично, были ли учинены эти дѣянія германскими подданными или иностранцами; такое же правило принимаетъ венгерскій кодексъ. Равнымъ образомъ, и дѣйствующее уложеніе въ ст. 11 допускаетъ наказуемость тяжкихъ посягательствъ на государственный строй Россіи, учиненныхъ за границею, безразлично къ тому, почитаются или не почитаются они наказуемыми въ мѣстѣ ихъ совершенія, причемъ такими тяжкими дѣяніями по отношенію ко всѣмъ виновнымъ признавались, по проекту редакціонной комиссіи, посягательства на особу Императора, Императрицы или Наслѣдника престола, на низверженіе царствующаго Императора съ престола, на лишеніе его власти Верховной или ограниченіе правъ оной, на измѣненіе образа правленія, или порядка престолонаслѣдія, на отторженіе отъ Россіи части ея; приготовленіе къ симъ посягательствамъ, участіе въ сообществѣ для ихъ учиненія и подговоръ составить такое сообщество, а для русскихъ подданныхъ также и случаи государственной измѣны. Но особое совѣщаніе при Государственномъ Совѣтѣ нашло этотъ перечень недостаточнымъ, такъ какъ за предѣлами Россіи могутъ быть совершены и нѣкоторыя другія преступныя дѣянія, нарушающія весьма важныя условія безопасности отечества или могущія причинить существенный вредъ его интересамъ, а вмѣстѣ съ тѣмъ, не воспрещенныя иностранными законодательствами или вызывающія, нерѣдко по побужденіямъ политическаго свойства, оправдательные приговоры иностранныхъ судовъ. Объявлять такія дѣянія по закону безнаказанными не только при совершеніи ихъ иностранцами, но даже и въ случаѣ учиненія ихъ русскими подданными, временно пребывающими за границею и возвращающимися потомъ въ Россію, было бы съ государственной точки зрѣнія весьма невыгодно и несогласно съ цѣлями государственной политики. Къ числу дѣяній такого рода оно отнесло участіе въ сообществѣ, имѣвшемъ цѣлью, завѣдомо для виновнаго, возбужденіе къ ниспроверженію существующаго въ государствѣ общественнаго строя, или учиненіе тяжкихъ преступленій посредствомъ взрывчатыхъ веществъ или снарядовъ. Виновные въ этихъ дѣяніяхъ должны подлежать отвѣтственности независимо отъ того, состоятъ ли они въ русскомъ или иностранномъ подданствѣ; русскіе же подданные должны также отвѣчать: въ случаяхъ оскорбленія или угрозы, направленныхъ противъ Императора, Императрицы или Наслѣдника престола, съ цѣлью возбудить неуваженіе къ ихъ Особѣ; непринятія должностнымъ лицомъ мѣръ для пресѣченія или предупрежденія одного изъ наитягчайшихъ государственныхъ преступленій, статьями 92—102 и 108 предусмотрѣнныхъ, если сіе должностное лицо свойствомъ своей службы къ тому обязано; недонесенія должностнаго лица, вопреки его обязанности, о какомъ-либо изъ сихъ государственныхъ преступленій и завѣдомо ложнаго измѣненія должностнымъ лицомъ Высочайшаго повелѣнія.

4) Какъ скоро данное дѣяніе заключаетъ въ себѣ условія, необходимыя для привлеченія учинившаго къ отвѣтственности, то затѣмъ нашъ судъ опредѣляетъ ему наказаніе соотвѣтственно съ нашими законами. Какъ справедливо замѣчаетъ Гельшнеръ (§ 54) «государство должно карать дѣянія, учиненныя за границею, по собственнымъ законамъ, а не на основаніи законовъ ино-

странной державы. Не говоря уже о затрудненіяхъ, кои возникали бы въ томъ случаѣ, если бы государство было обязано руководствоваться законами всѣхъ странъ, изложенный выводъ покоится на томъ прочномъ юридическомъ основаніи, что государство призвано примѣнять только тѣ законы, которые оно само изданіемъ ихъ въ законодательномъ порядкѣ признало соотвѣтствующими требованіямъ справедливости». На основаніи этого, всѣ условія, опредѣляющія вмѣняемость, преступность или наказуемость даннаго дѣянія, какъ, напр., вліяніе возраста, глухонѣмоты, понятіе крайней необходимости, обороны, покушенія, видовъ соучастія, давности и т. д., опредѣляются на основаніи нашихъ, а не иностранныхъ законовъ; при томъ же и практически нельзя возложить на нашъ судъ обязанность руководствоваться общею частью разнообразныхъ европейскихъ кодексовъ, со всѣми относящимися къ ней разъясненіями науки и судебной практики; на этомъ основаніи, конечно, рѣшается вопросъ и относительно обстоятельствъ, опредѣляющихъ мѣру отвѣтственности. Но изъ этого положенія уложеніе 1845 г. допускало одно изъятіе въ пользу русскихъ подданныхъ, учинившихъ преступленіе за границею противъ иностраннаго государства или иностранныхъ подданныхъ, если по законамъ того края, гдѣ ими было учинено преступленіе, они долженствовали подвергнуться наказанію, менѣе противъ опредѣляемаго симъ уложеніемъ строгому; наказаніе ихъ по соразмѣрности съ тѣмъ должно было быть смягчаемо. Дѣйствующее уложеніе въ тѣхъ случаяхъ, когда по законамъ мѣста учиненія полагается наказаніе менѣе строгое, допускаетъ уменьшеніе наказанія по правиламъ статьи 53, и притомъ какъ для русскихъ подданныхъ, такъ и для иностранцевъ. Это смягченіе обязательно для суда, такъ какъ уложеніе говоритъ: «наказаніе смягчается на основаніяхъ, ст. 53 установленныхъ»; поэтому судъ обязанъ войти въ разсмотрѣніе наказуемости дѣянія по законамъ мѣста учиненія и неправильное опредѣленіе сравнительной строгости законовъ можетъ быть основаніемъ для обжалованія въ апелляціонномъ или кассаціонномъ порядкѣ [1]). Но только что указанное правило не примѣняется въ случаяхъ учиненія виновнымъ за границею тяжкихъ государственныхъ преступленій, указанныхъ выше.

5) Далѣе, въ виду субсидіарнаго характера нашего карательнаго права относительно дѣяній, учиненныхъ за границею, возбужденіе у насъ уголовнаго преслѣдованія, по общему правилу, возможно только въ томъ случаѣ, если вина учинившаго не была юридически заглажена на мѣстѣ его учиненія [2]) и виновный не поквитался съ правосудіемъ. Принципъ non bis in idem долженъ найти свое примѣненіе и въ случаяхъ этого рода. Такъ, француз-

---

1) Право обжалованія рѣшенія на основаніи неправильнаго примѣненія иностранныхъ законовъ давно уже признано въ области гражданскаго права по вопросамъ объ исполненіи рѣшеній судебныхъ мѣстъ иностранныхъ государствъ (у. гр. с. ст. 1273 и сл.), о правахъ наслѣдованія за границей и т. д. Ср. Jettel, стр. 8; Ferand-Giraud, Des recours en cassation pour violation d'une loi étrangère въ Rev. de dr. int. 1892 стр. 233. Ср. также у Jettel, стр. 9, указанія о порядкѣ доказыванія на судѣ положенія иноземнаго права, хотя и въ примѣненіи къ праву гражданскому. Въ области уголовнаго права, при примѣненіи ст. 10 судъ несомнѣнно вполнѣ свободенъ въ выборѣ способовъ такого установленія: непосредственнаго усмотрѣнія, спроса экспертовъ и т. д.

2) Подробно разсмотрѣны эти вопросы въ монографіи P. Fiore, главы IV и V.

скій законъ 1866 г. въ art. 5 говоритъ: «уголовное преслѣдованіе не возбуждается, если подсудимый докажетъ, что по его дѣлу состоялось уже за границею судебное рѣшеніе, вошедшее въ законную силу». Еще подробнѣе указано это положеніе въ § 5 германскаго кодекса, который гласитъ, что уголовное преслѣдованіе не имѣетъ мѣста: 1) когда судебнымъ мѣстомъ за границею относительно даннаго дѣянія былъ постановленъ вошедшій въ законную силу оправдательный приговоръ, или обвинительный, если притомъ назначенное симъ приговоромъ наказаніе уже отбыто; 2) когда по иностраннымъ законамъ уголовное преслѣдованіе не можетъ быть начато за давностью, или когда назначенное наказаніе было отмѣнено; 3) когда по законамъ мѣста совершенія дѣяніе преслѣдуется по частной жалобѣ, а таковая жалоба не предъявлена. Такія же постановленія съ большею или меньшею подробностью повторяются и другими законодательствами.

Уложеніе 1845 г. не содержало никакихъ постановленій по этому предмету, но и по отношенію къ нему тотъ же принципъ былъ признанъ Правительствующимъ Сенатомъ въ рѣшеніи по дѣлу Іолко ($^{92}/_{36}$). Іолко судился и былъ признанъ виновнымъ Цюрихскимъ судомъ въ участіи въ поддѣлкѣ нашихъ денежныхъ знаковъ, за что и былъ приговоренъ къ заключенію въ цухтгаусъ и изгнанію изъ Швейцаріи. По отбытіи наказанія Іолко возвратился въ Россію, но здѣсь былъ привлеченъ къ суду по обвиненію въ томъ же преступленіи. Разсматривая въ порядкѣ надзора по частной жалобѣ Іолко вопросъ о его привлеченіи, Сенатъ выразилъ: «что за отсутствіемъ прямыхъ указаній законовъ этотъ вопросъ долженъ быть разрѣшенъ по соображенію съ основными судопроизводственными началами; что къ числу таковыхъ относится и выраженное въ ст. 22 у. у. с. правило о вторичной несудимости лицъ, отбывшихъ наказаніе по тому же обвиненію; что хотя по своему положенію статья эта имѣетъ въ виду приговоры, постановленные нашими судами въ предѣлахъ ихъ компетентности, но основное юридическое правило, въ ней выраженное—«не отмстиши дважды за едино», не можетъ не быть принимаемо къ руководству и при установленіи отвѣтственности за преступленія, учиненныя за границею; что хотя приговоры иностранныхъ судовъ, кромѣ особо указанныхъ въ законѣ случаевъ, не могутъ быть почитаемы обязательными для русскихъ судебныхъ мѣстъ по отношенію къ ихъ осуществленію и къ примѣненію вытекающихъ изъ нихъ послѣдствій, такъ какъ наши судебныя мѣста могутъ руководствоваться только рѣшеніями, основанными на законахъ, Россійскою Верховною властью установленныхъ, но при опредѣленіи возможности возбужденія уголовнаго преслѣдованія за дѣянія, уже бывшія предметомъ судебнаго разсмотрѣнія за предѣлами Россіи, не возникаетъ вопроса объ исполненіи иностраннаго приговора, а представляется только необходимымъ установленіе дѣйствительной судимости даннаго лица, за то именно дѣяніе, по поводу коего возбуждается противъ него преслѣдованіе въ Россіи. Если русскій судъ при опредѣленіи отвѣтственности виновнаго за дѣяніе, учиненное за границею, долженъ имѣть въ виду размѣръ наказанія, коему виновный подлежалъ бы по мѣстнымъ законамъ, то тѣмъ болѣе судъ не можетъ признавать безразличнымъ то обстоятельство, что обвиняемый не только при-

влекался за это же дѣяніе къ суду за границею, но и понесъ за него наказаніе [1]).

Это положеніе усвоено и дѣйствующимъ уложеніемъ, которое въ п. 3 ст. 10 говоритъ, что дѣяніе не можетъ быть наказано у насъ, если обвиняемый полностью отбылъ за него наказаніе, или былъ оправданъ, или освобожденъ отъ наказанія по приговору иностраннаго суда, вошедшему въ законную силу. При этомъ, конечно, предполагается, что приговоръ состоялся именно по тому дѣянію, въ которомъ данное лицо обвиняется у насъ: если виновный былъ судимъ и наказанъ въ Германіи за кражу, а затѣмъ обнаружилось, что онъ одновременно съ этою кражею учинилъ убійство, то, разумѣется, приговоръ о кражѣ не можетъ имѣть никакого вліянія на преслѣдованіе за убійство. Установленіе юридическаго тождества или различія дѣяній, по коимъ состоялся приговоръ и въ коихъ у насъ обвиняется данное лицо, принадлежитъ нашему суду, сообразно съ обстоятельствами отдѣльнаго случая.

Кромѣ того, значеніе установленнаго выше положенія стоитъ въ прямой зависимости отъ самаго юридическаго характера состоявшагося за границею приговора. Прежде всего, такое значеніе можетъ имѣть приговоръ, а не какое либо частное опредѣленіе суда о пріостановленіи или даже прекращеніи уголовнаго преслѣдованія. Значеніе подобныхъ опредѣленій зависитъ отъ свойства основаній, ихъ вызвавшихъ, оцѣниваемыхъ притомъ съ точки зрѣнія нашихъ процессуальныхъ законовъ. Далѣе, приговоры, освобождающіе отъ отвѣтственности, должны быть отличаемы отъ устанавливающихъ таковую: приговоръ оправдательный или освобождающій отъ наказанія воспріемлетъ свое полное значеніе съ момента вступленія его въ законную силу; но можно ли примѣнить это начало къ приговорамъ обвинительнымъ? Конечно, нѣтъ, такъ какъ вина заглаживается не обвинительнымъ приговоромъ, а дѣйствительнымъ отбытіемъ наказанія. Поэтому на практикѣ легко можетъ возникнуть вопросъ: какъ поступать съ преступниками, бѣжавшими къ намъ послѣ постановленія по ихъ дѣлу за границею обвинительнаго приговора или даже, можетъ быть, послѣ начала отбытія ими наказанія? Въ подобныхъ случаяхъ представляются два возможные пути: или слѣдуетъ признать силу иностраннаго приговора и привести его въ исполненіе, или, наоборотъ, нужно вовсе игнорировать его. Первое рѣшеніе представляется, повидимому, простѣйшимъ, но его правильность весьма сомнительна со стороны теоретической,

---

[1]) Къ этому Сенатъ добавилъ: что правильность этого начала и необходимость примѣненія его въ отношеніяхъ международныхъ всегда признавалась и нашею законодательною властью, какъ это видно изъ договоровъ нашихъ о выдачѣ, въ коихъ обыкновенно указывается, что выдача не послѣдуетъ, когда она требуется по поводу того же преступленія или проступка, за которое требуемое лицо несетъ или уже понесло наказаніе... Равнымъ образомъ и Правительствующій Сенатъ по 1-му департаменту въ опредѣленіи своемъ по дѣлу Никитченкова (1871 Іюня 14 и 1872 Янв. 4-го) вполнѣ опредѣлительно выразилъ, что правило о невозможности вторичнаго суда надъ осужденнымъ, уже судившимся, выраженное безусловно въ ст. 21 и 22 у. у. с., есть постановленіе общее всѣмъ законодательствамъ образованныхъ народовъ; поэтому, чтобы допустить изъ этого правила какое либо исключеніе, необходимо прямо и категорически выраженное уполномочіе на то закона. Неосновательныя и малопонятныя возраженія противъ этого рѣшенія сдѣланы Ивановскимъ въ статьѣ о значеніи въ Россіи иностранныхъ судебныхъ приговоровъ по уголовнымъ дѣламъ. Право, 1898, № 1 и 2.

а практически оно почти неосуществимо [1]). Органы суда являются органами верховной государственной власти, во имя коей они творятъ судъ и примѣняютъ назначенное въ законахъ наказаніе; но если одно государство не можетъ быть представителемъ другаго государства при отправленіи правосудія, то тѣмъ менѣе возможно это представительство для его органовъ; вмѣстѣ съ тѣмъ и практически приведеніе иностраннаго приговора въ исполненіе представилось бы не только затруднительнымъ, но иногда и невозможнымъ, въ виду различія карательныхъ мѣръ въ отдѣльныхъ кодексахъ: какъ выполнить въ Россіи приговоръ о заключеніи въ Zuchthaus, или о déportation? Остается, слѣдовательно, если, разумѣется, виновный не подлежитъ выдачѣ, принять вторую систему, т. е. принять, что преступникъ не загладилъ свою вину и можетъ вновь подлежать суду и наказанію. Но, съ другой стороны, также несомнѣнно, что эта система можетъ привести къ значительной несправедливости относительно тѣхъ лицъ, которыя уже отбыли часть наказанія и даже, можетъ быть, значительную его часть. Въ устраненіе этого наше уголовное уложеніе опредѣляетъ, что если виновный отбылъ часть назначеннаго ему по приговору иностраннаго суда наказанія, то это можетъ разсматриваться какъ обстоятельство, уменьшающее отвѣтственность, причемъ судъ, конечно, имѣетъ право, въ случаяхъ чрезвычайныхъ, когда уменьшеніе наказанія въ обыкновенныхъ размѣрахъ представлялось бы недостаточнымъ, ходатайствовать предъ верховною властью о чрезвычайномъ смягченіи наказанія, или же и о полномъ помилованіи.

Другой спорный вопросъ, затрогиваемый примѣненіемъ къ даннымъ случаямъ принципа non bis in idem, относится къ объему этого положенія. Такъ, законъ французскій признаетъ это положеніе безусловнымъ и не допускаетъ изъятій ни для какихъ преступныхъ дѣяній; напротивъ того, кодексъ германскій вовсе не распространяетъ это положеніе на преступленія государственныя, поддѣлку монеты и преступленія или проступки по службѣ [2]), и на нѣкоторыя спеціальныя нарушенія, учиненныя за границею германскими должностными лицами, такъ что, напр., преступникъ, отбывшій въ Россіи наказаніе за поддѣлку германскихъ кредитныхъ билетовъ, по возвращеніи въ Германію снова подвергнется суду и наказанію, за это дѣяніе назначенному; но по § 7 понесенное имъ наказаніе будетъ принято въ разсчетъ при назначеніи отвѣтственности германскимъ судомъ, причемъ самый порядокъ и объемъ зачета вполнѣ предоставляются усмотрѣнію суда. Сверхъ того, по § 37 германскій подданный, осужденный за границею за такое преступленіе или проступокъ, за которое онъ въ Германіи подлежалъ бы лишенію граждан-

---

[1]) Въ этомъ смыслѣ рѣшается вопросъ законодательствомъ и почти единогласно признается и теоріею. Въ видѣ исключенія можно указать развѣ на постановленіе швейцарскаго эстрадиціоннаго закона 1892 г., который въ § 30 допускаетъ примѣненіе приговоровъ, состоявшихся за маловажныя нарушенія.

[2]) Но это правило не распространяется на преступныя дѣянія, учиненныя кѣмъ либо на французской территоріи, хотя бы виновный былъ за нихъ судимъ и наказанъ за границею. Ср. рѣш. касс. суда 21 Марта 1862, Molinier, стр. 268.

скихъ правъ вообще или какого либо отдѣльнаго права, можетъ подлежать новому уголовному производству, въ видахъ примѣненія къ нему, въ случаѣ признанія его виновнымъ, пораженія въ правахъ. Такое же правило о примѣненіи пораженія въ правахъ содержитъ кодексъ венгерскій, § 15; исключенія признаетъ и итальянское уложеніе.

Дѣйствующее наше право, относительно лицъ, оправданныхъ вступившимъ въ законную силу приговоромъ суда, или освобожденныхъ отъ наказанія, допускаетъ возбужденіе вновь уголовнаго преслѣдованія по тому же дѣлу только въ случаѣ учиненія ими указанныхъ выше тяжкихъ государственныхъ преступленій, при которыхъ не имѣетъ вліянія и самая ихъ незапрещенность по законамъ мѣста учиненія.

Иначе ставится вопросъ относительно лицъ, отбывшихъ за границею наказанія за нѣкоторыя тяжкія преступленія, если они притомъ русскіе подданные. Въ объяснительной запискѣ къ проекту по этому поводу указано: «въ случаѣ прибытія въ Россію иностранца, понесшаго за границею наказаніе, наше правительство всегда имѣетъ право или воспретить ему въѣздъ на территорію, или выслать его изъ Россіи, какъ скоро, на основаніи прошлаго этого лица, оно признаетъ пребываніе его опаснымъ для спокойствія государства; но принятіе такой мѣры относительно русскихъ подданныхъ, возвратившихся въ отечество, является невозможнымъ, а между тѣмъ, въ большей части случаевъ, такіе преступники, немедленно по отбытіи назначеннаго имъ за границею наказанія, или будутъ высылаться къ намъ, или же и сами возвратятся въ отечество. Можетъ ли такое лицо считаться полноправнымъ въ Россіи, имѣетъ ли его супругъ право просить о разводѣ? Комиссія полагаетъ, что признаніе полноправности такихъ лицъ не соотвѣтствовало бы интересамъ общественнаго порядка, а потому считаетъ полезнымъ предоставить судебной власти право въ подобныхъ случаяхъ возбуждать, конечно, со всевозможною осторожностью, судебное разбирательство въ особомъ порядкѣ[1]).

Соотвѣтственно сему статья 12 дѣйствующаго уложенія постановляетъ, что россійскій подданный, отбывшій внѣ предѣловъ Россіи наказаніе за преступное дѣяніе, за которое опредѣлено наказаніе не ниже каторги, по возвращеніи его въ Россію, подвергается по приговору суда лишенію правъ, указанныхъ въ ст. 25, 28—31, 34 и 35.

Лица, отбывшія наказаніе за преступленія, признаваемыя по уложенію бунтомъ (ст. 99—102), сверхъ лишенія правъ, подвергаются поселенію.

---

1) У насъ вопросъ о вліяніи иностранныхъ приговоровъ на пораженіе въ правахъ возбуждался по дѣлу Никитченкова, осужденнаго въ 1865 г. парижскимъ окружнымъ судомъ за покушеніе на предумышленное убійство къ пожизненнымъ travaux forcés. Первый департаментъ Прав. Сената, въ 1868 г., высказалъ ту мысль, что подобный приговоръ можетъ повлечь за собою лишеніе правъ, а въ 1871 г., снова разсматривая этотъ вопросъ,—пришелъ къ противоположному выводу, а именно, что лицо, наказанное за границею, не должно подлежать у насъ пораженію въ правахъ, предполагая надъ имуществомъ такихъ лицъ устанавливать опеку. Въ томъ же смыслѣ былъ разрѣшенъ вопросъ о Никитченковѣ въ 1894 г. по его помилованіи французскимъ правительствомъ. Ср. Л. Владиміровъ, Значеніе приговоровъ иностранныхъ судовъ по дѣламъ уголовнымъ, ж. г. у. пр. 1873 г., № 5; Lammasch, Ueber die Wirksamkeit strafgerichtlicher Urtheile des Auslandes, G. XLI, стр. 1.

Во всѣхъ этихъ случаяхъ, на основаніи пересмотрѣннаго устава уголовнаго судопроизводства, всѣ дѣла возбуждаются не иначе, какъ по предписанію министра юстиціи—прокуроромъ того окружнаго суда, которому подлежитъ разсмотрѣніе дѣла, т. е. въ вѣдомствѣ коего обвиняемый задержанъ или въ округѣ коего имѣлъ послѣднее мѣстопребываніе, а относительно лицъ, осужденныхъ за бунтъ, прокуроромъ с.-петербургской судебной палаты, которая разсматриваетъ дѣла сего рода. По полученіи предписанія, прокуроръ собираетъ всѣ необходимыя данныя, относящіяся къ состоявшемуся объ обвиняемомъ за границею приговору, а если найдетъ необходимымъ, назначаетъ производство дополнительнаго дознанія или слѣдствія, а затѣмъ даетъ дальнѣйшее направленіе производству соотвѣтственно правиламъ устава. Затѣмъ, преданіе суду, самый судъ, постановленіе и исполненіе приговора производятся уже на общемъ основаніи.

6) Отвѣтственность за такое преступное дѣяніе, конечно, можетъ имѣть мѣсто лишь въ томъ случаѣ, когда виновный по учиненіи сего дѣянія самъ прибылъ въ Россію или же былъ намъ выданъ.

7) Наконецъ, нельзя не указать, что по отношенію къ преступнымъ дѣяніямъ, учиненнымъ за границею, большинство европейскихъ законодательствъ содержитъ особыя правила о порядкѣ возбужденія уголовнаго преслѣдованія. По уложенію 1845 г. такое отступленіе было допущено относительно преступныхъ дѣяній, учиненныхъ русскими подданными противъ иностраннаго государства или иностранцевъ, такъ какъ виновные преслѣдовались только въ томъ случаѣ, когда на нихъ поступятъ жалобы или обвиненія. Также и по дѣйствующему праву уголовное преслѣдованіе по дѣламъ о преступныхъ дѣяніяхъ, учиненныхъ внѣ предѣловъ Россіи, коими виновный посягнулъ на права иностраннаго государства или иностраннаго подданнаго, возбуждается не иначе, какъ по требованію подлежащей иностранной власти или по жалобѣ потерпѣвшаго, но самое преслѣдованіе и въ этихъ случаяхъ производится въ публичномъ порядкѣ. Во всѣхъ же остальныхъ случаяхъ преслѣдованіе возбуждается по общему порядку, буде къ тому есть законный поводъ и достаточное основаніе, и виновный во всякомъ случаѣ судится въ общемъ порядкѣ тѣмъ судомъ, въ вѣдомствѣ коего онъ задержанъ или въ округѣ коего имѣлъ, до отбытія за предѣлы Россіи или предъ возбужденіемъ уголовнаго преслѣдованія, послѣднее мѣсто жительства.

II. Выдача преступниковъ.

86. Обязанность по охраненію правоваго порядка, налагаемая на государство его международными отношеніями, можетъ быть выполняема, независимо отъ суда надъ бѣжавшими къ намъ преступниками, и посредствомъ ихъ выдачи другому государству для суда и наказанія [1]).

---

[1]) Изложеніе ученія о выдачѣ можно найти во всѣхъ учебникахъ международнаго права; въ особенности можно указать Мартенса, т. II, § 91 и сл., а изъ иностранныхъ—Calvo, Le droit international, II, стр. 324—441. Кромѣ того, этому вопросу посвящено огромное количество статей и монографій на всѣхъ европейскихъ языкахъ. Изъ нихъ можно указать: Вербловскій, О взаимной выдачѣ преступниковъ и дезертировъ, въ ю. в., 1868 г., №№ 6 и 7; Д. Никольскій, О выдачѣ преступниковъ

Факты выдачи бѣжавшихъ преступниковъ и даже заключеніе взаимныхъ обязательствъ выдачи нѣкоторыхъ категорій преступниковъ можно найти и въ древнемъ мірѣ и въ средніе вѣка; въ XVIII столѣтіи встрѣчаются нерѣдко уже и болѣе полные договоры о выдачѣ; но только въ новѣйшее время ученіе о выдачѣ ставится на юридическую почву, и самый институтъ выдачи разсматривается, какъ особая форма охранительной государственной дѣятельности, входящая въ международное уголовное право, хотя нельзя не прибавить, что основы ученія о выдачѣ, а потому и понятіе объ объемѣ и условіяхъ ея, представляются далеко не установившимися [1]).

Выходя изъ теорій эгоистическихъ по вопросу объ отношеніи карательной власти государства къ преступленіямъ, учиненнымъ за его предѣлами, трудно признать какія либо юридическія основанія для института выдачи. Скорѣе нужно или вовсе отрицать ея правомѣрность, какъ это и признавали весьма выдающіеся защитники территоріальнаго принципа, напр., изъ болѣе новыхъ Пинейро-Ферейра, или основывать выдачу лишь на соображеніяхъ политики, на желаніи оказать услугу сосѣднему государству, съ тѣмъ, чтобы имѣть основаніе требовать и отъ него такихъ же услугъ [2]). При такой постановкѣ, конечно, не можетъ быть рѣчи ни о правѣ одного государства требовать выдачи, ни о юридической обязанности другаго выполнить таковое требованіе, хотя бы даже между этими государствами и были заключены соотвѣтственные трактаты [3]); такое начало защищали изъ прежнихъ писателей по международному праву: Клюберъ, Шмальцъ, Мартенсъ, Феликсъ, Филиморъ; изъ криминалистовъ—Миттермайеръ. Принадлежность писателей къ той или другой изъ эгоистическихъ теорій опредѣляла только объемъ возможной

по началамъ международнаго права, 1884 г.; A. Billot, Traité de l'extradition, 1874 г.; E. de Vazelhes, Etude sur l'extradition, 1877 г.; P. Fiore, Traité de droit pénal international et de l'extradition, trad. par Antoine, 1880 г.; Bernard, Traité théorique et pratique de l'extradition, 1883 г., обширный трудъ въ 2-хъ томахъ, изъ которыхъ первый посвященъ исторіи выдачи; Kirchner, L'extradition; recueil renfermant tous les traités d'extradition conclus jusqu'au janvier 1883, London, 1883 г., 1110 стр.; F. Holtzendorf, Die Auslieferung der Verbrecher und das Asylrecht 1881 г.; H. Lammasch, Auslieferungspflicht und Asylrecht, 1887 г., съ особенно подробною разработкою догматической части съ точки зрѣнія космополитической теоріи; E. Müller, Der Ausgelieferte vor dem Gerichte, 1887; Zographos, Ueber die Rechtsstellung der Ausgelieferten nach französischem Rechte. G. XXXIX, стр. 249—283; Martitz, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen 1 т. 1888 г., 2 т. 1897 г.; Granichstädten, Der internationale Strafrechtsverkehr, 1892 г.

1) Насколько важную роль играетъ выдача въ современныхъ международныхъ отношеніяхъ, можно видѣть изъ слѣдующихъ статистическихъ данныхъ, приведенныхъ у Ламмаша, стр. 71 и сл.: Австрія (безъ Венгріи) съ 1875—1881 гг. выдала 705 человѣкъ (100 въ годъ), требовала выдачи 343 (49 въ годъ); Франція съ 1881—1884 гг. выдала 1,121 человѣкъ (280 въ годъ) и требовала выдачи 606 (151 въ годъ); постепенный ростъ выдачи можно видѣть изъ слѣдующихъ цифръ французской статистики: общее число выданныхъ и тѣхъ, коихъ выдача была требуема, въ годъ составляло: съ 1851—1863 гг.—135; съ 1864—1874 гг.—214 и съ 1874—1880 гг.—420.

2) Такая постановка вопроса о выдачѣ, въ особенности въ виду политическихъ преступниковъ и эмигрантовъ, объясняетъ отрицательное отношеніе къ ней, особенно во Франціи, даже такихъ выдающихся криминалистовъ, какъ Карно; въ политическихъ памфлетахъ XVIII в. выдача разсматривалась какъ убійство, патнающее власть и государство,—«l'extradition est rangée maintenant au nombre des assassinats» (Cauchois-Lemaire); l'extradition viole et les principes du droit public et ceux de la justice et des lois de l'humanité» и т. д. Ср. Martitz, стр. 466.

3) См. обзоръ различныхъ обоснованій выдачи у Calvo, стр. 325 и сл.

выдачи: такъ, всего шире ставился этотъ объемъ сторонниками территоріальнаго начала, допускавшими возможность выдачи всѣхъ преступниковъ, бѣжавшихъ изъ-за границы, у́же опредѣлялся этотъ объемъ сторонниками національнаго начала, не допускавшими возможности выдачи собственныхъ подданныхъ, и наконецъ, всего у́же—сторонниками реальной теоріи, допускавшими возможность выдачи только иностранцевъ, и притомъ посягнувшихъ на интересы иностраннаго государства или на права иностранцевъ.

Совершенно иначе ставится вопросъ о выдачѣ съ точки зрѣнія международныхъ обязанностей правоохраны, по началамъ теоріи, коей основанія были изложены выше [1]).

Государство, въ силу тѣхъ условій, въ которыя ставятся его интересы въ международномъ общеніи государствъ, въ силу сознанія своихъ обязанностей по отношенію къ другимъ культурнымъ государствамъ, не можетъ остаться безразличнымъ къ лицамъ, учинившимъ гдѣ либо преступное дѣяніе и бѣжавшимъ на его территорію. Только въ рѣдкихъ случаяхъ оно, какъ мы видѣли, можетъ не впустить этихъ лицъ на свою территорію, или ихъ выслать; нормальнымъ отношеніемъ къ этимъ лицамъ можетъ быть только преданіе ихъ суду и наказаніе.

Осуществленіе этой обязанности можетъ быть двоякое: или государство само накажетъ этихъ лицъ, съ соблюденіемъ условій вышеуказанныхъ, или же передастъ ихъ для суда въ другое государство, имѣющее на то право. Такимъ образомъ, по этой теоріи выдача есть такой же юридическій институтъ, въ коемъ проявляется карательная правоохрана государствомъ юридическихъ благъ, какъ и судъ за преступныя дѣянія; въ этомъ смыслѣ выдача есть дополненіе права суда [2]).

Но почему же государство замѣняетъ судъ выдачею? Отвѣтъ на это даютъ общіе процессуальные принципы. Преступное дѣяніе, учиненное гдѣ либо въ предѣлахъ Россіи, даетъ право каждому суду, въ округѣ коего былъ задержанъ преступникъ, судить и наказать виновнаго; но, за немногими изъятіями, процессъ признаетъ компетентнымъ не судъ мѣста поимки, а судъ мѣста учиненія. Основанія этого предпочтенія весьма понятны: примѣненіе

---

1) То же положеніе защищаетъ Geyer, Grundriss, стр. 93.

2) Ср. въ особенности Lammasch, стр. 45 и сл. Въ этомъ отношеніи споръ, поднятый въ германской литературѣ о томъ, что такое выдача—Rechtshilfe или Rechtspflege (Ср. Binding, Martitz, § 22), на мой взглядъ, является праздным и могущимъ только привести къ затемненію юридической природы выдачи. Выдача не есть актъ дружеской услуги, а правовое дѣйствіе, и притомъ по содержанію своему входящее въ область карательной дѣятельности государства, т.е. составляющее проявленіе карательнаго правосудія; но если подъ карательнымъ правосудіемъ понимать только установленіе виновности и примѣненіе наказанія, то едва-ли кому либо въ голову придетъ называть выдачу правосудіемъ. Какъ и указано въ текстѣ, судимость преступниковъ за дѣянія, учиненныя за границею, и выдача ихъ, взаимно дополняя другъ друга, но разнствуя не только по формѣ, но и по объему и условіямъ государственной дѣятельности, составляютъ вмѣстѣ съ процессуальнымъ содѣйствіемъ виды международной взаимопомощи (Internationale Rechtshilfe) въ борьбѣ съ преступными дѣяніями. Иначе смотритъ на это, повидимому, нашъ уважаемый ученый проф. Мартенсъ, § 91, который, называя выдачу актомъ судебной помощи, прибавляетъ, «что выдача не есть осуществленіе государствомъ выдающимъ права наказанія»; выдача не есть, конечно, примѣненіе права наказывать въ узкомъ значеніи этого слова, но она составляетъ актъ правоохраны интересовъ общечеловѣческихъ, пользующихся защитою и нашихъ законовъ.

наказанія къ виновному требуетъ установленія бытія преступнаго дѣянія и виновности въ его учиненіи даннаго лица, требуетъ наличности доказательствъ, могущихъ создать надлежащее убѣжденіе въ органахъ суда. Такими доказательствами, прежде всего и главнымъ образомъ, являются тѣ слѣды, которые оставляетъ преступное дѣяніе въ предметахъ матеріальнаго міра, или въ памяти людей, бывшихъ свидѣтелями событія; но, во всякомъ случаѣ, несомнѣнно, что всѣ эти доказательства съ надлежащею полнотою и ясностью могутъ быть установлены только на мѣстѣ совершенія дѣянія, что поэтому, какъ интересы государственные, такъ и интересы заподозрѣннаго лица, требуютъ предпочтенія разрѣшенія дѣла на мѣстѣ учиненія дѣянія. Всѣ эти соображенія вполнѣ примѣняются и къ вопросу о судимости преступныхъ дѣяній, учиненныхъ за границею. Мы имѣемъ право и даже обязанность судить лицо, учинившее убійство въ Парижѣ и бѣжавшее въ Россію, мы можемъ, путемъ дипломатическихъ сношеній, собрать нѣкоторые необходимые для такого суда матеріалы; но дать этимъ матеріаламъ полноту, необходимую для правильности судебнаго рѣшенія, возможно въ немногихъ, сравнительно, случаяхъ. Такимъ образомъ, выдача является дополненіемъ права суда въ интересахъ правосудія, въ интересахъ лучшаго осуществленія карательной государственной дѣятельности. Это положеніе имѣетъ существенное значеніе для опредѣленія объема и условій выдачи.

Подобный взглядъ на институтъ выдачи положенъ и въ основу постановленій нашего дѣйствующаго уложенія. «Юридическое основаніе права и обязанности выдачи, говоритъ объяснительная записка, коренится въ принципѣ солидарности государствъ, относительно совмѣстной защиты противъ дѣяній, колеблющихъ юридическій порядокъ, составляющій какъ бы общее благо всѣхъ культурныхъ народовъ. Эта обязанность взаимной помощи не только заключаетъ въ себѣ интересъ общегосударственный, но и представляетъ несомнѣнную выгоду для всякаго отдѣльнаго государства, обезпечивая за нимъ взаимность другихъ державъ и являясь средствомъ защиты противу лицъ, проявившихъ опасную для общественнаго порядка дѣятельность. Въ этомъ послѣднемъ отношеніи выдача частію пополняетъ, частію замѣняетъ судъ и наказаніе по нашимъ законамъ за дѣянія, совершенныя иностранцами за предѣлами Россіи. Замѣна судебнаго разбирательства въ Россіи выдачею представляетъ ту выгоду, что доказательства виновности будутъ разсматриваться на самомъ мѣстѣ совершенія преступнаго дѣянія, гдѣ собираніе такихъ доказательствъ, какъ уличающихъ, такъ и оправдывающихъ виновнаго, представляется болѣе легкимъ и гдѣ, слѣдовательно, болѣе гарантируется справедливость приговора». Въ журналѣ особаго совѣщанія при Государственномъ Совѣтѣ это положеніе выражено еще опредѣленнѣе: «Всѣ цивилизованныя государства, въ силу заключенныхъ между ними договоровъ или по началу установившейся взаимности, признаютъ въ настоящее время, что болѣе или менѣе существенныя условія гражданскаго быта, сдѣлавшіяся общими во всемъ образованномъ мірѣ, должны быть охраняемы отъ направленныхъ противъ нихъ преступныхъ дѣяній, гдѣ бы послѣднія ни совершались..... При существованіи такого начала въ законодательствѣ, вопросъ о выдачѣ преступниковъ является въ сущности вопросомъ не о ихъ наказуемости, но лишь о

подсудности, ибо онъ сводится къ тому, подлежитъ ли виновный суду того государства, въ которомъ онъ совершилъ преступное дѣяніе, или того, въ которомъ онъ находится».

Подобный же принципъ былъ высказанъ мюнхенскимъ конгрессомъ института международнаго права, который въ десятомъ пунктѣ своихъ резолюцій постановилъ: «всякое государство, котораго законодательство признаетъ принципы права христіанскихъ государствъ, имѣя въ своихъ рукахъ виновнаго, можетъ его судить и наказать, предполагая, разумѣется, что существуютъ вполнѣ достаточныя доказательства учиненія имъ тяжкаго преступленія и его виновности, если при томъ самое мѣсто учиненія этого преступнаго дѣянія не можетъ быть констатировано, или выдача виновнаго не можетъ быть допущена, или же признается опасною» [1]).

Но какъ было выше указано, право государства наказывать за преступныя дѣянія, учиненныя за предѣлами государства, требуетъ для своего реальнаго осуществленія, чтобы объемъ и условія этого права были опредѣлены законами государства; поэтому и выдача, какъ институтъ юридическій, должна покоиться на положительныхъ правоосновахъ.

Однако, по самому существу вопроса, этими основами не могутъ быть только законы отдѣльнаго государства, такъ какъ рѣчь идетъ о взаимныхъ юридическихъ отношеніяхъ двухъ государствъ, а такую же роль играютъ договоры или трактаты. Впрочемъ, современная международная практика указываетъ рядомъ съ трактатами другое, такъ сказать, обычное основаніе выдачи—взаимность. Такъ, оксфордскій съѣздъ института международнаго права, во второй своей резолюціи, высказалъ: «выдача можетъ быть практикуема наиболѣе твердымъ и правильнымъ образомъ только въ томъ случаѣ, когда существуютъ трактаты; поэтому желательно, чтобы такіе трактаты дѣлались болѣе и болѣе многочисленными. Тѣмъ не менѣе, не одни трактаты дѣлаютъ выдачу правомѣрнымъ дѣйствіемъ: она можетъ практиковаться даже при отсутствіи всякихъ договорныхъ отношеній» [2]).

87. У насъ въ Россіи [3]) первымъ договоромъ о выдачѣ является договорная запись 19 Октября 1649 г. съ Швеціею о выдачѣ перебѣжчиковъ, причемъ таковыми по договору почитались не одни преступники, но вообще всѣ лица, бѣжавшія изъ одной страны въ другую.

Точно также и договоры, заключенные Россіею въ XVIII и первой половинѣ XIX столѣтія, имѣли, главнымъ образомъ, въ виду не преступниковъ, а политическихъ выходцевъ и военныхъ бѣглыхъ. Только съ 1866 г., т. е. послѣ изданія судебныхъ уставовъ, водворившихъ полное довѣріе въ иностранныхъ государствахъ къ правильному отправленію правосудія въ Россіи, наше правительство стало заключать спеціальныя конвенціи о выдачѣ пре-

---

1) Ср. статью Бара о мюнхенскомъ конгрессѣ въ G. 1883 г., стр. 561 и сл. Подобныя же начала усвоены австрійскимъ законодательствомъ еще съ 1803 г.; еще ранѣе встрѣчается подобное положеніе въ построенномъ по принципамъ естественнаго права кодексѣ для западной Галиціи 1796 года. Ср. указанія по этому вопросу у Ламмаша, Auslieferungspflicht, стр. 47.

2) Впрочемъ, Бельгія и Голландія, а отчасти Англія и Сѣверо-Американскіе Штаты, не допускаютъ выдачу безъ трактатовъ. Lammasch, стр. 61.

3) См. историческія данныя у Никольскаго, в. с., стр. 82; Мартенсъ, § 92.

ступниковъ. Первымъ таковымъ трактатомъ былъ договоръ съ Даніею 15 Октября 1866 г. (п. с. з., № 43737)[1]). Кромѣ того, по отношенію къ нѣкоторымъ другимъ государствамъ, выдача опредѣляется началомъ взаимности; таковы, напр., наши отношенія по этому вопросу къ Франціи, такъ какъ начатые въ 1838 г. переговоры о заключеніи трактата о выдачѣ не имѣли послѣдствій.

Конвенціи даютъ твердое основаніе для рѣшенія вопросовъ о выдачѣ между отдѣльными государствами; но заключаемыя въ разное время, при разнообразныхъ политическихъ условіяхъ, эти конвенціи, при ихъ взаимномъ сопоставленіи, представляютъ крайнее разнообразіе, не имѣющее никакихъ достаточныхъ основаній: такъ, напр., самое число преступныхъ дѣяній, относительно коихъ допускается выдача, колеблется въ нашихъ договорахъ между семью (первый договоръ съ Нидерландами) и двадцатью семью (договоръ съ Англіею); еще болѣе, конечно, различія представляютъ другія второстепенныя условія выдачи [2]). Поэтому, какъ въ наукѣ права, такъ и въ законодательной практикѣ, все болѣе и болѣе развивается стремленіе регулировать эти международныя отношенія общими законами, которые внесли бы, какъ выразился оксфордскій конгрессъ членовъ института международнаго права 1880 г. въ одномъ изъ своихъ положеній, желаемое единство и твердость въ эту столь важную отрасль международныхъ отношеній.

Такія постановленія могутъ или содержаться въ особыхъ экстрадиціонныхъ законахъ, или же относящіяся до выдачи общія постановленія могутъ быть вносимы въ соотвѣтственные раздѣлы уголовныхъ и процессуальныхъ законовъ. Но и въ томъ и въ другомъ случаѣ эти общія постановленія, конечно, могутъ служить только основою, на которой должны быть построены дого-

---

1) Нами съ 1866 г. были заключены слѣдующіе трактаты: 7 Апрѣля 1867 г. съ Нидерландами (44962); 14 Февраля 1869 г. съ Баваріею (46872); 14 Мая 1871 г. съ Италіею (49600); 23 Августа 1872 г. съ Бельгіею (51561); 12 Декабря 1873 г. съ Швейцаріею (52865); 3 Октября 1874 г. съ Австро-Венгріею (55416); 9 Марта 1877 г. съ Испаніею (57693); 1 Августа 1880 г. второй договоръ съ Нидерландами (61366а); 24 Августа 1883 г. съ Монако (1746); $^1/_{13}$ Января 1885 г. соглашеніе съ Пруссіею о выдачѣ преступниковъ, учинившихъ посягательство противъ особы главы государства и противъ членовъ царствующихъ домовъ, а равнымъ образомъ, виновныхъ въ убійствѣ или приготовленіи динамита, и 9 Августа того же года такое же соглашеніе съ Баваріею; $\frac{21\text{ Января}}{2\text{ Февраля}}$ 1887 г. съ Англіею, переговоры съ которою, по предложенію англійскаго правительства, начались еще съ 1870 года; $\frac{28\text{ Апрѣля}}{10\text{ Мая}}$ 1887 съ Португаліею; съ Сѣверо-Американскими Штатами 28 Марта 1887 г. (ратифицированы только въ 1893 г.); $^{12}/_{24}$ Апр. 1888 съ Испаніею; 4 Ноября 1893 г. съ Нидерландами. Ср. Ф. Мартенсъ, Собраніе трактатовъ и конвенцій, заключенныхъ Россіею съ иностранными державами (съ историческими очерками). До сихъ поръ изданы договоры съ Австріею, Германіею и Англіею. Ср. также сборникъ дѣйствующихъ трактатовъ, изданный минист. иност. дѣлъ въ 2-хъ томахъ; Ивановскій, Собраніе дѣйствующихъ договоровъ, 2 т. 1888—1890.

2) Подробныя соображенія о необходимости выработки для каждой страны общаго экстрадиціоннаго закона приведены въ монографіи Бернара, т. II, глава 3. Онъ даже полагаетъ возможнымъ установленіе общаго закона о выдачѣ для всѣхъ странъ, путемъ съѣзда дипломатическихъ представителей; такую же мысль защищаетъ Листъ въ своей статьѣ въ L. Z., II, 1882 г. и даже съѣздъ германскихъ юристовъ 1882 года. Ваг, стр. 287, указываетъ, что въ виду заключенныхъ Пруссіею и Баваріею съ нами договоровъ, не соотвѣтствующихъ воззрѣніямъ германскихъ юристовъ, имъ въ 1892 г. сдѣлано было предложеніе въ Reischtag'ѣ о выработкѣ общаго экстрадиціоннаго закона, который предоставлялъ бы право заключенія договоровъ только имперіи; но предложеніе было отклонено.

воры о выдачѣ; практическую же силу, обязательность, всѣ эти положенія могутъ получить, только благодаря трактатамъ или установившейся взаимности. Такимъ образомъ, принятіе государствомъ особаго закона о выдачѣ само по себѣ вовсе не обязываетъ его къ выдачѣ такому государству, съ которымъ нѣтъ ни трактатовъ, ни взаимности.

Общіе экстрадиціонные законы появились прежде всего въ Бельгіи (первый законъ 1833 г., послѣдній 1874 г.), а нынѣ таковые законы существуютъ также въ Англіи, Нидерландахъ, нѣкоторыхъ государствахъ Америки и въ Швейцаріи [1]). Въ Германіи и Венгріи общія положенія о выдачѣ внесены въ уголовные кодексы.

Въ уложеніи 1845 г. содержалось лишь краткое указаніе относительно выдачи въ ст. 173, гдѣ говорилось, что русскіе подданные, совершившіе у насъ одно изъ преступленій, въ этой статьѣ указанныхъ, и бѣжавшіе за границу, по выдачѣ ихъ намъ, судятся и наказываются по нашимъ законамъ. Дѣйствующее уложеніе посвящаетъ выдачѣ особую статью, допуская выдачу, какъ по трактатамъ, такъ и безъ нихъ, на основаніи взаимности [2]).

88. Переходя къ разсмотрѣнію института выдачи по существу, съ точки зрѣнія матеріальнаго уголовнаго права, необходимо остановиться на двухъ главныхъ вопросахъ: кто подлежитъ выдачѣ и за какія преступныя дѣянія выдача допускается?

Первый вопросъ объ объектѣ выдачи можетъ быть разсматриваемъ съ нѣсколькихъ точекъ зрѣнія.

Выдача можетъ относиться только къ лицамъ, учинившимъ преступное дѣяніе за границею; ни въ какомъ случаѣ не можетъ быть предъявлено намъ требованіе о выдачѣ иностранца, учинившаго преступное дѣяніе на нашей территоріи и не пользующагося экстерриторіальностью; государство мѣста учиненія можетъ, не наказывая такого иностранца, выслать его за свои предѣлы, но право высылки не тождественно съ обязанностью выдачи.

Россія, конечно, можетъ требовать выдачи преступниковъ, учинившихъ преступное дѣяніе какъ въ предѣлахъ Имперіи, такъ и въ Великомъ Княжествѣ Финляндскомъ, такъ какъ всѣ наши трактаты заключаются отъ имени Россіи, какъ единаго цѣлаго.

Далѣе, можетъ быть требуема выдача только лица, бѣжавшаго въ Россію, включая сюда и Финляндію, или же попавшаго къ намъ вслѣдствіе кораблекрушенія, захвата въ качествѣ военноплѣннаго, или выданнаго намъ третьею державою, однимъ словомъ, лица, находящагося въ нашей власти.

Требованіе о выдачѣ можетъ быть предъявлено, напр., Россіи только относительно лица, учинившаго за границею преступное дѣяніе. Но какъ опредѣлить понятіе такого дѣянія? Въ отвѣтахъ на этотъ вопросъ прежде всего проявляется различіе во взглядахъ на юридическое существо выдачи.

---

1) Во Франціи экстрадиціонный законъ былъ внесенъ въ палаты въ 1879 г., но не былъ принятъ; законы о выдачѣ напечатаны въ приложеніи ко 2-му тому соч. Мартица.

2) Оксфордскимъ постановленіемъ института международнаго права признано, что начало взаимности въ вопросѣ о выдачѣ можетъ быть требуемо политикою, но не вытекаетъ изъ началъ права.

Если видѣть въ ней только услугу, оказываемую нами дружественной державѣ въ области отправленія правосудія, то, конечно, понятіе «преступнаго» будетъ опредѣляться исключительно по законамъ страны, требующей выдачи. Такъ, пр. Мартенсъ (II, стр. 421), говоритъ: «выдача должна послѣдовать за всѣ дѣянія, признаваемыя преступными по законамъ мѣста ихъ совершенія, будутъ ли они—да или нѣтъ—наказуемы по законамъ мѣстопребыванія, или законамъ національнымъ—все равно. То соображеніе, что выдача лица, не совершившаго дѣянія, преступнаго по законамъ государства, отъ коего она требуется, явилась бы актомъ, противнымъ его уголовной совѣсти, всѣмъ его воззрѣніямъ юридическимъ и нравственнымъ, конечно, разумно и справедливо, но рѣдко можетъ получить практическое примѣненіе; ибо дѣло касается взаимныхъ отношеній государствъ образованныхъ, европейскихъ, которыхъ понятія и законы уголовные по существу рѣзко не различаются». Съ точки же зрѣнія теоріи, признающей въ выдачѣ особый видъ охранительно-карательной дѣятельности, создаваемой международными отношеніями государствъ, опредѣленіе преступности дѣянія, за которое допускается выдача, по законамъ страны, въ коей укрылся преступникъ, является не только «разумнымъ и справедливымъ», но юридически единственно правильнымъ, такъ какъ карательно-охранительная дѣятельность, въ какой бы формѣ она ни проявлялась, можетъ имѣть мѣсто только относительно дѣяній, признаваемыхъ по законамъ страны преступными, но съ другой стороны допустимость выдачи извѣстной группы преступныхъ дѣяній совмѣщаетъ въ себѣ допустимость таковой и по обвиненію въ покушеніи или въ соучастіи [1]).

Для выдачи необходимо, чтобы дѣяніе было преступнымъ по законамъ страны, отъ которой требуютъ выдачи; но для выдачи вовсе не требуется, чтобы по этимъ законамъ опредѣлялась и наличность условій, необходимыхъ для примѣненія наказанія въ конкретномъ случаѣ. Положимъ, Германія требуетъ отъ Россіи выдачи бѣжавшаго къ намъ преступника; можетъ ли послѣдній доказывать недопустимость выдачи, ссылаясь на то, что онъ учинилъ это дѣяніе въ припадкѣ умоизступленія, въ состояніи необходимой обороны, что онъ, при обвиненіи, напр., въ поддѣлкѣ денежныхъ знаковъ, своевременно открылъ участниковъ поддѣлки, и т. п., однимъ словомъ, что онъ находился въ такомъ состояніи или при такихъ условіяхъ, которыя по русскимъ законамъ устраняютъ наказуемость? Очевидно, что признаніе возможности подобной ссылки служило бы основаніемъ для производства у насъ полнаго судебнаго разбирательства по каждому требованію о выдачѣ, т. е. лишало бы выдачу всякой цѣлесообразности [2]).

---

1) Bar, стр. 301, полагаетъ, что договоръ о выдачѣ за извѣстныя дѣянія eo ipso распространяется на выдачу и соучастниковъ, но что относительно покушеній необходима особая оговорка въ трактатахъ.

2) Ламмашъ въ своей монографіи, стр. 445 и сл., развивая ученіе о выдачѣ, какъ о юридическомъ институтѣ, въ коемъ проявляется карательная дѣятельность государства, при рѣшеніи даннаго вопроса различаетъ обстоятельства, *очевидно* устраняющія наказуемость и не имѣющія этого свойства: наличность первыхъ, по его мнѣнію, устраняетъ выдачу; такъ, онъ полагаетъ, что Австрія не можетъ выдать Россіи обвиняемаго моложе 14 лѣтъ, такъ какъ это есть предѣльный срокъ вмѣняемости по австрійскому праву—слѣдовательно, условіе безнаказанности вполнѣ очевидное.

Такимъ образомъ, объектомъ выдачи можетъ быть лицо, учинившее дѣяніе, признаваемое преступнымъ, какъ по законамъ страны, которая требуетъ выдачи, такъ и по законамъ страны, отъ которой выдача требуется; но такъ какъ мы видѣли, что не всякое дѣяніе, признаваемое преступнымъ по нашимъ законамъ, но учиненное за границею, можетъ быть у насъ судимо и наказуемо, то понятно, что выдача можетъ быть допущена и относительно лица, учинившаго такое преступное дѣяніе, за которое оно не можетъ быть преслѣдуемо у насъ. Процессуальныя условія судимости не совпадаютъ съ матеріальными условіями преступности, а потому въ этомъ отношеніи выдача, по своему объему, можетъ быть шире права суда.

Если относительно лица, учинившаго преступное дѣяніе и бѣжавшаго изъ государства мѣста учиненія сего дѣянія, существуетъ право уголовнаго преслѣдованія только со стороны одного этого государства, то вопросъ о выдачѣ стоитъ довольно просто; но онъ значительно осложняется, если подобное право принадлежитъ различнымъ государствамъ.

При этомъ въ послѣднемъ случаѣ возможна двоякая комбинація: 1) конкурирующія права относятся къ одному и тому же преступному дѣянію даннаго лица; 2) конкурирующія права относятся къ различнымъ дѣяніямъ, но учиненнымъ однимъ и тѣмъ же лицомъ.

Первый видъ въ свою очередь допускаетъ нѣсколько оттѣнковъ. Всего чаще такая коллизія возможна между государствомъ мѣста учиненія и государствомъ, куда бѣжалъ виновный: преступникъ, перебѣжавшій въ Россію, учинилъ въ Германіи такое дѣяніе, за которое онъ можетъ быть судимъ и наказанъ у насъ. Въ этомъ случаѣ возможно, что требованіе о выдачѣ будетъ предъявлено въ такое время, когда это лицо было не только привлечено къ отвѣтственности, но когда по поводу учиненнаго имъ преступнаго дѣянія состоялся приговоръ, вошедшій въ законную силу; тогда, конечно, на основаніи принципа non bis in idem, оно не можетъ быть выдано: въ глазахъ нашего правосудія виновный искупилъ свою вину, каковы бы ни были притязанія по отношенію къ нему государства мѣста учиненія. Въ этомъ смыслѣ статья 13 дѣйствующаго уложенія прямо постановляетъ, что «выдача допускается, если только виновный не былъ въ Россіи за то дѣяніе осужденъ, оправданъ, или освобожденъ отъ наказанія въ установленномъ порядкѣ».

Но если дѣяніе, по поводу котораго предъявлено требованіе о выдачѣ, не есть res judicata? Въ этомъ отношеніи все зависитъ отъ постановки, данной въ нашемъ законѣ субсидіарному карательному праву относительно дѣяній, за границею учиненныхъ. Если это право поставлено какъ исключительное, напр., относительно русскихъ подданныхъ, учинившихъ преступное дѣяніе за границею, то, конечно, требованіе о выдачѣ удовлетворяемо быть не можетъ, здѣсь возможно только требованіе о наказаніи; но если право поставлено альтернативно, условно, то, разумѣется, отъ усмотрѣнія страны, въ которую бѣжалъ преступникъ, зависитъ или судить бѣжавшаго по своимъ законамъ, или выдать.

При этомъ для выдачи въ послѣднемъ случаѣ безразлично, находятся ли въ наличности такія условія, которыя по нашимъ законамъ необходимы для возбужденія уголовнаго преслѣдованія, или нѣтъ. Выдача несомнѣнно

можетъ быть допущена, хотя бы выдаваемый ссылался на то, что по нашему праву для выдачи за учиненное имъ дѣяніе необходима частная жалоба, а таковая въ данномъ случаѣ предъявлена не была, или что у насъ преслѣдованіе уже невозможно за истеченіемъ установленнаго нашими законами срока давности и т. п. [1]). Затрудненіе возникаетъ развѣ въ томъ случаѣ, когда по дѣлу, по коему предъявлено требованіе, было уже возбуждено уголовное преслѣдованіе у насъ, но затѣмъ прекращено по наличности законныхъ къ тому причинъ; при этихъ условіяхъ дѣяніе не можетъ быть судимо у насъ, а потому и не можетъ служить основаніемъ выдачи [2]).

Если, конечно, относительно дѣянія, по коему требуется выдача, у насъ производится уголовное дѣло, еще неразрѣшенное въ законномъ порядкѣ, то это обстоятельство можетъ служить основаніемъ для пріостановки выдачи, не предрѣшая, однако, вопроса объ отказѣ.

Другой случай составитъ коллизія требованій о выдачѣ, предъявленныхъ нѣсколькими государствами къ государству мѣста убѣжища, по поводу одного и того же преступнаго дѣянія извѣстнаго лица. Хотя всѣ договоры о выдачѣ имѣютъ въ виду прежде всего преступныя дѣянія, учиненныя на территоріи государства, требующаго выдачи, но многія изъ нихъ содержатъ дополнительное условіе о возможности выдачи и по обвиненію въ преступномъ дѣяніи, учиненномъ не на территоріи, если только такое дѣяніе, направленное, напр., противъ его подданныхъ, или, наоборотъ, учиненное его подданными, можетъ быть наказуемо по законамъ требующаго государства. Такая конкуренція требованій возможна, слѣдовательно, для государства, чей подданный былъ бѣжавшій, или противъ интересовъ коего учинено преступное дѣяніе [3]). Наконецъ, возможны случаи коллизіи вслѣдствіе юридическаго характера даннаго дѣянія, напр., относительно длящихся дѣяній, учиненныхъ частью въ одномъ, частью въ другомъ государствѣ. Для разрѣшенія этихъ коллизій могутъ быть приняты во вниманіе два соображенія: во-1-хъ, по общему правилу, первенствующее значеніе должно бы имѣть требованіе государства мѣста учиненія преступнаго дѣянія [4]), а послѣ него требованіе государства, котораго онъ подданный; во-2-хъ, при признаніи равной важности требованій, предпочтеніе должно быть отдано требованію, прежде предъявленному [5]).

Совершенно другую группу представляетъ коллизія по поводу различныхъ преступныхъ дѣяній одного и того же лица: Германія требуетъ отъ насъ выдачи преступника, который учинилъ въ Россіи преступное дѣяніе и притомъ или ранѣе того дѣянія, по поводу коего требуется выдача, или послѣ. Въ подобныхъ случаяхъ возможность суда надъ нимъ въ предѣлахъ Россіи въ принципѣ можетъ быть только основаніемъ для отсрочки выдачи,

---

1) Относительно давности подробные доводы приведены у Billot, стр. 217 и сл.; напротивъ того, Ламмашъ, стр. 432, не допускаетъ выдачи въ этихъ случаяхъ.

2) Ср. Листъ, Н. Меуег и др.

3) Ср. Martitz, стр. 370 и сл., напр., голландецъ убилъ въ Бельгіи нѣмца и бѣжалъ во Францію. Требованіе о выдачѣ въ этомъ случаѣ можетъ быть предъявлено: Бельгіею, Голландіею и Германіею.

4) Въ этомъ смыслѣ высказался оксфордскій съѣздъ института международнаго права.

5) Эти начала усвоены многими изъ нашихъ договоровъ.

но не для отказа въ ней; но, разумѣется, Россія и въ этомъ случаѣ имѣетъ полную возможность не возбуждать у насъ вовсе уголовнаго преслѣдованія въ виду тяжести преступнаго дѣянія, учиненнаго за границею, и прямо удовлетворить предъявленное требованіе о выдачѣ.

Подобное же столкновеніе возможно и относительно требованій нѣсколькихъ иностранныхъ государствъ: Германія требуетъ выдачи какого либо лица по поводу учиненной имъ тамъ кражи, а Австрія выдачи того же лица, по поводу учиненнаго имъ въ Австріи убійства. При этомъ условіи рѣшеніе должно быть поставлено въ зависимость: 1) отъ уголовной важности предъявленныхъ обвиненій и 2) въ случаѣ ихъ однородности, отъ времени предъявленія требованія [1]).

89. Совершенно иного рода вопросы относительно лица, подлежащаго выдачѣ, вытекаютъ изъ соображеній не юридическихъ, а политическихъ, а именно вслѣдствіе подданства выдаваемаго. Въ этомъ отношеніи возможна троякая комбинація.

Требуется выдача: 1) подданнаго той державы, которой предъявлено требованіе о выдачѣ; 2) подданнаго державы, требующей выдачи, и 3) подданнаго третьей державы.

Что касается первой группы лицъ [2]), то вопросъ о ихъ выдачѣ прошелъ нѣсколько фазисовъ: въ средніе вѣка и до XVIII столѣтія при выдачѣ не дѣлалось никакого существеннаго различія между своими и чужими подданными; затѣмъ, въ XVIII столѣтіи и въ особенности въ XIX, и въ законодательствахъ, и въ доктринѣ, повидимому, незыблемо утвердилось положеніе, что собственные подданные не выдаются, причемъ одни государства ставили это положеніе, какъ одну изъ конституціонныхъ гарантій личности, другія видѣли въ этомъ только привилегію своихъ подданныхъ, отъ которой государство могло и отказаться. Наконецъ, во второй половинѣ XIX вѣка въ литературѣ появились весьма сильныя возраженія противъ этого принципа, такъ что, напр., оксфордскій съѣздъ 1880 г. членовъ института международнаго права принялъ такую резолюцію: «между государствами, коихъ уголовное законодательство покоится на аналогичныхъ основаніяхъ и которыя питаютъ взаимное довѣріе къ ихъ судебнымъ установленіямъ, выдача собственныхъ подданныхъ будетъ средствомъ обезпеченія правильнаго отправленія уголовнаго правосудія, такъ какъ весьма желательно, чтобы подсудность всегда имѣла своимъ основаніемъ «forum delicti commissi».

Еще сильнѣе высказалось это направленіе на брюссельскомъ тюремномъ конгрессѣ 1900 г., на которомъ этотъ вопросъ былъ включенъ въ программу. Не только принципъ выдачи собственныхъ подданныхъ нашелъ сочув-

---

1) О нѣкоторыхъ другихъ возможныхъ коллизіяхъ, напр., относительно требованія выдачи лица, уже осужденнаго за это дѣяніе, но не у насъ, а въ третьемъ государствѣ, и т. п., подробности въ монографіи Ламмаша.

2) Подробныя данныя по этому вопросу приведены у Lammasch, стр. 376—424; Pasquale-Fiore, II, стр. 524—575, а въ особенности Martitz, стр. 135—337; Olivi, De l'extradition des nationaux, considérée en particulier à l'époque actuelle, Revue générale de droit, t. x. № 4.

ствіе почти во всѣхъ докладчикахъ, между которыми были г. Канонико, Пессина, Rolin, но они были признаны и огромнымъ большинствомъ, какъ въ отдѣленіяхъ (въ томъ числѣ: Thiry, Beranger, Brusa), такъ и въ общемъ собраніи, принявшемъ формулу проф. Гарсона: «между странами, коихъ уголовное законодательство покоится на аналогичныхъ основахъ и которыя питаютъ взаимное довѣріе къ ихъ судебнымъ учрежденіямъ, выдача подданныхъ можетъ быть средствомъ обезпеченія правильнаго отправленія уголовнаго правосудія, такъ какъ desideratum науки—разсмотрѣніе каждаго дѣла въ мѣстѣ его учиненія».

И дѣйствительно, нельзя не сказать, что, смотря на выдачу, какъ на институтъ юридическій, замѣняющій, въ интересахъ права и справедливости, судимость бѣжавшаго къ намъ по нашимъ законамъ, трудно найти какія либо юридическія основанія въ защиту такого положенія, такъ что всѣ соображенія новѣйшихъ его защитниковъ имѣютъ не юридическій, а уголовно-политическій характеръ.

Государство, говорятъ они [1]), и его подданные находятся по отношенію другъ къ другу во взаимномъ обязательствѣ. Если, съ одной стороны, подданный обязанъ повиновеніемъ законамъ своего отечества, то послѣднее должно защищать его силою этихъ законовъ. Подчиняя своего подданнаго иностранной юрисдикціи, лишая его такимъ образомъ гарантій отечественнаго правосудія, государство не выполнило бы своихъ обязанностей по отношенію къ нему. Съ другой стороны, государство не можетъ вполнѣ довѣрять чужеземному правосудію, хотя бы послѣднее, по своей судебной организаціи, и представляло всѣ желательныя въ интересахъ подсудимаго гарантіи, такъ какъ все же нельзя разсчитывать на полное безпристрастіе иностранныхъ судей и ожидать, что они отнесутся къ чужеземцу съ тѣмъ же вниманіемъ и снисходительностью, какъ къ своему соотечественнику: общественное мнѣніе скорѣе возмущается проступкомъ, совершеннымъ иностранцемъ, и судьямъ пришлось бы дѣйствовать подъ давленіемъ этого мнѣнія; защита иностранца представляется болѣе трудною по незнанію имъ мѣстнаго языка, обычаевъ; наконецъ, законы и учрежденія различныхъ государствъ находятся далеко не на одной ступени развитія. Совершенно отличная уголовная процедура, жестокость наказаній, неудовлетворительность судебной организаціи должны побуждать государство къ отказу въ выдачѣ собственнаго под-

---

1) Сторонниками невыдачи являются изъ новыхъ писателей Goddin и Pasquale Fiore; подробно приведены эти мнѣнія у Billot, стр. 64 и сл. Въ Германіи изъ новѣйшихъ писателей за невыдачу—Баръ, Г. Мейеръ, Мартицъ, Биндингъ; послѣдній, вопреки общему характеру своего труда, также стр. 399, довольствуется только политическими соображеніями: «можетъ ли государство, говоритъ онъ, предать своихъ гражданъ разнообразію чуждыхъ процессуальныхъ и уголовныхъ законовъ; можетъ ли оно допустить примѣненіе къ нимъ иностранныхъ законовъ, которые, если и не представляются варварскими, то во всякомъ случаѣ чужды народному правовоззрѣнію; можетъ ли оно сдѣлаться орудіемъ, вырывающимъ гражданина изъ своей родины, производителя изъ его производства, отца—изъ его семьи, для того, чтобы онъ былъ поставленъ на судъ въ Китаѣ или Японіи или въ Южной Америкѣ, можетъ быть, даже по несправедливому обвиненію». Въ особенности убѣдительны эти патетическіе доводы относительно выдачи какого нибудь вора по профессіи, убійцы, фальшиваго монетчика, и притомъ же вопросъ ставится не о Китаѣ или другихъ странахъ, гдѣ существуетъ наша консульская юрисдикція, а о государствахъ, входящихъ въ общій международный союзъ.

даннаго. Кромѣ того, съ точки зрѣнія интересовъ уголовнаго правосудія, выдача соотечественника, учинившаго за границею преступленіе, не является безусловно необходимою: послѣдній можетъ быть подвергнутъ преслѣдованію и суду въ своемъ отечествѣ. Нѣкоторые же защитники этого положенія указываютъ еще и на то, что такою выдачею нарушалась бы суверенность государства, такъ что выдача была бы нарушеніемъ обязанностей государства по отношенію къ своимъ подданнымъ; а нѣмецкіе писатели прибавляютъ, что это противорѣчило бы исконнымъ германскимъ воззрѣніямъ и кореннымъ началамъ современнаго государственнаго строя Германіи.

На это сторонники противоположнаго воззрѣнія [1]) возражаютъ, что принципъ невыдачи собственныхъ подданныхъ является не только лишеннымъ основанія, но даже и не выгоднымъ для правосудія. Правильный разборъ дѣла, всесторонняя оцѣнка уликъ и доказательствъ, несомнѣнно, могутъ быть скорѣе осуществлены при судимости виновнаго въ мѣстѣ совершенія имъ преступленія, а не въ отстоящемъ отъ него иногда на громадное разстояніе мѣстѣ обнаруженія преступника; въ силу этихъ соображеній, признаніе предпочтительной компетентности суда иностраннаго и, слѣдовательно, допустимость выдачи собственныхъ подданныхъ является одинаково желательною и въ интересахъ общества, и въ интересахъ подсудимаго, гарантируя справедливость приговора. Указаніе же на то, будто такою выдачею колеблется принципъ независимости государства и разрушается право каждаго гражданина судиться только по своимъ законамъ и предъ судьями своей страны, едва ли можетъ быть признано доводомъ, вполнѣ убѣдительнымъ. Принципъ государственной суверенности былъ бы дѣйствительно поколебленъ, если бы дѣло шло объ отвѣтственности за дѣянія, учиненныя въ предѣлахъ нашего государства: въ случаяхъ этого рода, конечно, обязательная передача какого либо преступника для суда иноземному государству была бы нарушеніемъ правъ территоріальной власти; но о такомъ нарушеніи нѣтъ и рѣчи въ разбираемыхъ случаяхъ. Точно также указаніе на право каждаго судиться по законамъ своей страны не согласимо съ существующими международными отношеніями, такъ какъ ни одинъ иностранецъ, совершившій, напр., преступное дѣяніе въ Россіи, не можетъ требовать признанія неподсудности нашимъ судамъ его поступка; государственная власть можетъ внимательно слѣдить за интересами своихъ подданныхъ, находящихся за границею, можетъ тщательно ограждать ихъ отъ какихъ либо несправедливостей—этимъ она несомнѣнно выполняетъ свой долгъ; но изъ такой обязанности охраны интересовъ своихъ подданныхъ не вытекаетъ право на исключительную ихъ подсудность судамъ отечества. Въ международной практикѣ выдачи мы видимъ, что Англія постоянно допускала выдачу своихъ подданныхъ, а между тѣмъ трудно указать другое государство, столь ревностно охранявшее принципъ суверенности. Даже послѣ того, какъ въ послѣднихъ трактатахъ Англія

---

[1]) Какъ на противниковъ принципа невыдачи нужно указать изъ французскихъ писателей на Bernard, Bard, Billot; изъ нѣмецкихъ на Holtzendorff, Шварца, Листа и, хотя съ значительными ограниченіями, Lammasch; изъ русскихъ —на Мартенса и Никольскаго; въ особенности много противниковъ невыдачи между новыми итальянскими писателями.

стала признавать положеніе о невыдачѣ собственныхъ подданныхъ, она не затруднилась выдать Австріи въ 1876 г. Турвиля, обвинявшагося въ убійствѣ своей жены, учиненномъ въ Тиролѣ [1]). Сѣверо-Американскіе Штаты также постоянно держались системы выдачи собственныхъ подданныхъ, и еще въ 1845 г., по поводу договора съ Германіею, Америка отказала включить въ договоръ—пунктъ о невыдачѣ собственныхъ подданныхъ.

Всѣ же прочія возраженія, приводимыя защитниками невыдачи, вполнѣ устраняются тѣмъ, что выдача собственныхъ подданныхъ можетъ быть признаваема не безусловною, а условною обязанностью, такъ что государство можетъ отказаться отъ ея выполненія или по отношенію къ отдѣльной странѣ, или же по отношенію къ какимъ либо спеціальнымъ преступнымъ дѣяніямъ.

Россія во всѣхъ своихъ трактатахъ держится системы невыдачи собственныхъ подданныхъ [2]); точно также сохранено это начало и въ дѣйствующемъ уголовномъ уложеніи. Какъ говорится въ объясненіяхъ къ статьѣ 10 (13), «редакціонная комиссія, признавая всю справедливость соображеній, приводимыхъ противъ невыдачи собственныхъ подданныхъ, не рѣшилась ввести его въ текстъ, въ виду того, что противоположное начало усвоено не только въ нашихъ трактатахъ, но и въ договорахъ почти всѣхъ европейскихъ государствъ, включая сюда даже отчасти и Англію; что, слѣдовательно, если бы Россія и признала нынѣ принципъ выдачи нашихъ подданныхъ иностраннымъ державамъ, то ни по трактатамъ, ни по началу взаимности, она не могла бы получить отъ другихъ державъ согласія на принятіе этого принципа, а потому этимъ или нарушались бы начала международной равноправности, или же самое постановленіе, какъ не соотвѣтствующее нашимъ договорамъ и международнымъ обычаямъ, оставалось бы мертвою буквою».

Правило о невыдачѣ собственныхъ подданныхъ, конечно, у насъ распространяется какъ на подданныхъ Имперіи, такъ и на гражданъ Великаго Княжества Финляндскаго, какъ на подданныхъ прирожденныхъ, такъ и на натурализованныхъ, но на послѣднихъ, по общепринятымъ въ международномъ правѣ воззрѣніямъ, только въ томъ случаѣ, если они были натурализованы до момента учиненія преступнаго дѣянія, по поводу коего предъявлено требованіе о выдачѣ [3]), какъ это, между прочимъ, выражено въ постановленіяхъ оксфордскаго съѣзда и въ большинствѣ новѣйшихъ трактатовъ о выдачѣ.

---

[1]) Дѣло Турвиля подробно изложено въ монографіи Гольцендорфа, причемъ онъ обстоятельно указываетъ, какія неудобства могли бы возникнуть, если бы Турвиль судился въ Англіи. Также большой интересъ въ этомъ отношеніи представляло извѣстное дѣло графа Хоринскаго-Эберганн. Въ настоящее время, благодаря принятію въ трактатахъ съ Англіею начала невыдачи англійскихъ подданныхъ и ненаказуемости ихъ, кромѣ убійцъ, по мѣстнымъ англійскимъ законамъ, Англія сдѣлалась обѣтованною землею англичанъ, ворующихъ и мошенничающихъ на материкѣ. Ср. у Marnitz, стр. 195, дѣло Wilson, совершившаго въ Цюрихѣ кражу 50.000 фр., относительно котораго Англія отказала Швейцаріи и въ выдачѣ и въ возбужденіи уголовнаго преслѣдованія. Вѣрныя замѣчанія о несовмѣстимости признаваемыхъ Англіею принциповъ международнаго уголовнаго права съ справедливостью и общечеловѣческими интересами дѣлаетъ Lachaud въ предисловіи къ изданію Kirchner, L'extradition.

[2]) Въ трактатѣ съ Англіею 1886 г. этотъ пунктъ изложенъ условно: каждое правительство сохраняетъ за собою полную свободу отказать въ выдачѣ собственныхъ подданныхъ.

[3]) Подробныя данныя по этому вопросу у Bernard, т. II, стр. 156 и сл.; Lammasch, стр. 402 и сл.

Иногда, хотя и въ видѣ исключенія, объемъ невыдаваемыхъ лицъ еще болѣе расширяется [1]); такъ, напр., по нашимъ трактатамъ съ Нидерландами, къ природнымъ жителямъ причисляются и тѣ иностранцы, которые водворились въ странѣ и, состоя въ бракѣ съ туземкою, имѣютъ отъ нея дѣтей, рожденныхъ въ странѣ, а по договору съ Даніей—иностранцы, поселившіеся въ странѣ. Несостоятельность подобнаго расширенія вполнѣ очевидна уже изъ того, что эти лица при дѣйствіи, напр., уложенія 1845 г. пріобрѣтали даже болѣе правъ, чѣмъ подданные: если такой иностранецъ убилъ бы въ Голландіи голландскаго подданнаго и бѣжалъ въ Россію, то онъ не могъ быть, согласно трактату, выданъ, и въ то же время не могъ быть наказанъ и въ Россіи.

По договору нашему съ Турціею 1783 г., выдача не допускалась относительно турокъ, бѣжавшихъ въ Россію и принявшихъ христіанство, или русскихъ, бѣжавшихъ въ Турцію и принявшихъ тамъ исламъ.

Вторую группу составляютъ подданные страны, требующей выдачи, относительно коихъ никакихъ ограниченій, не зависящихъ отъ свойства ихъ дѣяній, допущено быть не можетъ.

Подобное же правило должно быть принято и относительно подданныхъ третьей державы, хотя большинство трактатовъ признаютъ выдачу этихъ лицъ не обязательною, а факультативною, въ виду того, что могутъ быть случаи, когда такая выдача не будетъ согласна съ принципами права и справедливости, напр., когда страна, требующая выдачи, и страна, коей подданный долженъ быть выданъ, находятся между собою въ войнѣ, или въ явно враждебныхъ отношеніяхъ [2]). Точно также международные обычаи и трактаты въ случаяхъ этого рода требуютъ увѣдомленія, а иногда и согласія страны, чей подданный выдается, прежде осуществленія выдачи, такъ какъ за этою страною признается какъ бы право надзора и охраны ея подданныхъ, подлежащихъ выдачѣ [3]).

90. Второй капитальный вопросъ въ ученіи о выдачѣ относится къ опредѣленію круга тѣхъ преступныхъ дѣяній, по поводу коихъ требованіе о выдачѣ можетъ быть предъявлено.

Прежде всего, несомнѣнно, что такъ же, какъ и относительно судимости у насъ преступныхъ дѣяній, учиненныхъ за границею, принципъ цѣлесообразности не допускаетъ расширенія выдачи на всѣ преступныя дѣянія, какъ бы они ни были маловажны: нельзя себѣ представить примѣненіе выдачи и отсылки, положимъ, въ Испанію изъ Петербурга лица, которое должно быть тамъ судимо и наказано за маловажное нарушеніе. Поэтому или въ трактатахъ, или въ законахъ о выдачѣ, всегда опредѣляются извѣстные предѣлы преступныхъ дѣяній, допускающихъ выдачу.

Объемъ дѣяній, допускающихъ выдачу, установляется по двумъ системамъ: наиболѣе распространенная въ нынѣ существующихъ трактатахъ есть

---

1) Lammasch, стр. 414 и сл.

2) Ср. Martitz, стр. 337 и 400.

3) Первый трактатъ, установившій подобное правило, былъ французско-бельгійскій, 1834 г.

система перечневая, т. е. система исчисленія въ договорахъ всѣхъ тѣхъ преступныхъ дѣяній, по поводу коихъ допускается выдача [1]).

Но эта система представляетъ два существенныя неудобства: во-1-хъ, она совершенно произвольна, что уже видно изъ крайне разнообразнаго числа преступныхъ дѣяній, упомянутыхъ въ отдѣльныхъ трактатахъ, числа, колеблющагося, напр., у насъ между 7 и 27; во-2-хъ, по самой трудности опредѣленія въ трактатахъ, посредствомъ простого наименованія, существа дѣяній, допускающихъ выдачу, и притомъ еще опредѣленія на общедипломатическомъ языкѣ—французскомъ.

«Опредѣленія отдѣльныхъ преступленій въ кодексахъ, говоритъ объяснительная записка къ дѣйствующему уложенію, представляются настолько различными, что, напр., сопоставленіе французскаго и русскаго текста нашихъ трактатовъ вызываетъ значительныя и почти неразрѣшимыя юридическія сомнѣнія о характерѣ дѣяній, входящихъ въ этотъ перечень и допускающихъ выдачу. Такъ, во многихъ нашихъ договорахъ изъ группы преступленій противъ жизни указывается на «assassinat» и «meurtre», термины, переводимые въ русскомъ текстѣ словами «убійство» и «умерщвленіе», вслѣдствіе чего возбуждается, напр., сомнѣніе въ томъ, какіе именно виды убійства, указанные въ нашемъ уложеніи, могутъ быть подводимы подъ понятіе умерщвленія, или въ томъ, можетъ ли, на основаніи таковаго постановленія, допускаться выдача за отравленіе, дѣтоубійство, сомнѣніе, тѣмъ болѣе естественное, что въ другихъ нашихъ договорахъ эти послѣднія дѣянія упоминаются самостоятельно. Точно также, напр., почти во всѣхъ трактатахъ находится въ перечнѣ преступленій «vol avec circonstances aggravantes», терминъ, переводимый въ русскомъ текстѣ выраженіемъ «кража съ отягчающими обстоятельствами», т. е. понятіемъ, въ дѣйствительности далеко не однозначащимъ съ вышеприведеннымъ терминомъ французскимъ, такъ какъ по большинству кодексовъ Западной Европы этому понятію соотвѣтствуетъ не только тайное, но и открытое и даже иногда насильственное похищеніе чужой собственности, а согласно съ терминологіею нашего уложенія 1845 г. понятіе кражи ни въ какомъ случаѣ не могло быть распространяемо ни на грабежъ, ни на разбой. Поэтому при толкованіи подобныхъ постановленій приходится или прибѣгать къ произвольному расширенію терминовъ, или даже къ дополнительнымъ трактатамъ» [2]).

По другой системѣ установляются извѣстные общіе признаки, въ видѣ минимальнаго наказанія, напр., года или двухъ лѣтъ тюрьмы, или принадлежности дѣянія къ извѣстному классу преступныхъ дѣяній, а затѣмъ указывается какія дѣянія, хотя и входящія въ эти предѣлы, не могутъ служить основаніемъ выдачи.

Этой системы держится наше уголовное уложеніе, допуская выдачу

---

1) Хотя, какъ замѣчаетъ Гарро, № 170, французская, напр., практика держалась всегда того взгляда, что перечень указываетъ только случаи, въ коихъ выдача обязательна, но это не лишаетъ государства права допустить выдачу и при обвиненіи въ другихъ преступныхъ дѣяніяхъ.

2) Ср. подробное изложеніе вопроса у Martitz, II, § 26 и сл.

за тяжкое преступленіе или преступленіе, съ тѣмъ, однако, чтобы въ отдѣльныхъ трактатахъ были опредѣляемы болѣе подробныя ограниченія.

При установленіи такого общаго предѣла, дальнѣйшее различіе будетъ зависѣть отъ того, какое законодательство берется въ разсчетъ при конкретномъ опредѣленіи этого предѣла. Если смотрѣть на выдачу, какъ на актъ юридической помощи, оказываемой государству, требующему выдачи, оцѣнка сравнительной важности дѣянія можетъ быть дѣлаема съ точки зрѣнія государства, требующаго выдачи [1]); если же смотрѣть на выдачу, какъ на проявленіе субсидіарной карательной дѣятельности, то опредѣленіе важности дѣянія можетъ быть дѣлаемо только съ точки зрѣнія государства выдающаго, какъ этого требуетъ, напр., англо-американская практика; или же, наконецъ, какъ это принято во многихъ европейскихъ трактатахъ, значеніе дѣянія опредѣляется по совмѣстному примѣненію законовъ государства, требующаго выдачи, и государства выдающаго.

91. Но изъ этой группы тяжкихъ дѣяній, обусловливающихъ выдачу, въ трактатахъ дѣлаются, болѣе или менѣе постоянно, извѣстныя исключенія; такъ, напр., почти во всѣхъ трактатахъ не признается обязанность выдачи виновныхъ въ дуэли, безотносительно къ тѣмъ наказаніямъ, которыя назначаются за дуэль; не допускается выдача лицъ, обвиняемыхъ въ религіозныхъ проступкахъ, а равно въ большинствѣ договоровъ не упоминаются проступки противъ нравственности, обиды, преступныя дѣянія по службѣ, противодѣйствіе властямъ и т. п.; но въ особенности крупное изъятіе допускается относительно преступленій политическихъ.

Принципъ невыдачи виновныхъ въ политическихъ преступленіяхъ установился сравнительно въ недавнее время [2]). Прежде бѣжали въ чужія страны большею частью лица, политически скомпрометированныя, имѣвшія достаточно средствъ къ жизни внѣ родины. Съ другой стороны, только ими и интересовалось государство, откуда они бѣжали, такъ какъ, оставаясь за границею, они могли быть опасными для него. Обыкновенный преступникъ, переступившій предѣлы государства, укрывшійся на чужбинѣ, переставалъ интересовать отечественное правосудіе. Оттого большинство извѣстныхъ намъ примѣровъ выдачи, съ XV до XVIII столѣтія, относится главнымъ образомъ къ преступникамъ политическимъ. Впервые принципъ невыдачи политическихъ преступниковъ былъ прямо поставленъ въ концѣ XVIII столѣтія [3]). Въ 1798 г. Англія потребовала выдачи четырехъ лицъ, прини-

---

1) Такое требованіе защищаютъ: Billot, Pasquale-Fiore, Liszt; изъ русскихъ—Мартенсъ.

2) Исторія этого вопроса подробно изложена въ спеціальной монографіи Lammasch, Das Recht der Auslieferung wegen politischer Verbrechen, 1884 г.; Никольскій, в. с., стр. 166 См. также брошюру L. Renault, Des crimes politiques en matière d'extradition, 1880 г., и статью Löwenfeld, L. Z. т. V, 1885 г., стр. 46—114, Erörterung des Begriffes politischer Verbrechen und Vergehen im Sinne der Auslieferungs-Verträge des Deutschen Reichs; ср. также указанія на литературу вопроса у Jettel, § 60 прим. 1; Martitz, II, § 34; историческіе примѣры у него, стр. 177 и сл.

3) Во французской конституціи 1793 art. 120 гласилъ: le peuple français donne asile aux étrangers bannis de leur patrie pour la cause de la liberté; il le refuse aux tyrans; но, какъ справедливо замѣчаетъ Мартицъ, нестолько эти громко провозглашенные принципы, сколько террористическая практика конвента укрѣпила въ общеевропейскомъ сознаніи идею невыдачи эмигрантовъ.

мавшихъ участіе въ ирландскомъ возстаніи; но такъ какъ двое изъ нихъ были французскіе натурализованные подданные, то французскій резидентъ воспротивился ихъ выдачѣ; однако, Гамбургъ, подъ давленіемъ другихъ державъ, а въ особенности Россіи, выдалъ этихъ лицъ; тогда по поводу этой выдачи Наполеонъ послалъ Гамбургу грозное письмо, въ которомъ называлъ выдачу политическихъ бѣглецовъ варварскимъ поступкомъ, и Гамбургъ сильно поплатился за эту выдачу: на всѣ его суда, находившіяся во Франціи, было наложено амбарго [1]).

Но и позднѣе выдача политическихъ преступниковъ не прекращалась; сама Франція неоднократно и выдавала и требовала выдачи таковыхъ; въ большинствѣ трактатовъ, заключенныхъ въ три первыя десятилѣтія прошлаго столѣтія, въ число дѣяній, допускающихъ выдачу, вносились и посягательства на государственную безопасность, возстаніе, оскорбленіе величества и т. д. [2]). Только послѣ іюльской революціи и въ особенности послѣ бельгійскаго закона о выдачѣ 1833 г. принципъ невыдачи политическихъ преступниковъ дѣлается общепризнаннымъ международнымъ положеніемъ, такъ что когда въ 1849 г. Австрія и Россія потребовали отъ Турціи выдачи венгерскихъ инсургентовъ и Турція отказала въ этомъ, то лордъ Пальмерстонъ, въ своей нотѣ къ австрійскому и русскому правительству, защищая Турцію, ссылался на принципъ невыдачи политическихъ преступниковъ, какъ на начало, уже вполнѣ установившееся въ международномъ правѣ [3]).

У насъ, въ Россіи, примѣры дачи убѣжища эмигрантамъ и политическимъ выходцамъ, французскимъ и греческимъ, встрѣчаются еще въ прошломъ столѣтіи [4]); но въ договорахъ это начало установлено только въ недавнее время. Такъ, хотя въ трактатѣ съ Даніею 1866 г. и не содержится никакого указанія по сему предмету, но въ виду того, что въ немъ подробно перечислены дѣянія, за которыя выдача допускается, и въ этомъ перечнѣ преступленія политическія не упомянуты, несомнѣнно, что трактатъ не признаетъ возможности выдачи за таковыя. Затѣмъ, въ первомъ нашемъ договорѣ съ Голландіею 1867 г. было постановлено въ ст. 6: «преступленія и проступки политическіе исключаются изъ настоящей конвенціи», а далѣе прибавлено, что «лицо, на выдачу коего послѣдовало согласіе, не можетъ ни въ какомъ случаѣ быть преслѣдуемо или подвергнуто наказанію ни за какой политическій проступокъ, предшествовавшій выдачѣ, или же за какое либо дѣйствіе, состоящее въ связи съ таковымъ проступкомъ». Эти положенія въ сходныхъ выраженіяхъ повторялись потомъ и во всѣхъ нашихъ позднѣйшихъ трактатахъ [5]).

---

1) Ср. Мартенсъ, § 96.

2) Любопытными представляются въ этомъ отношеніи наши секретныя конвенціи съ Пруссіею, 1830, 1844, 1857 гг.

3) Въ литературѣ вопросъ о невыдачѣ политическихъ преступниковъ въ первый разъ былъ ясно поставленъ въ диссертаціи Provô-Kluit, De deditione profugorum, 1829 года.

4) Ср. примѣры у Мартенса, § 96.

5) Такъ, въ 6-й статьѣ нашего договора съ Англіею 1886 г. постановлено: «бѣжавшій преступникъ не подлежитъ выдачѣ, если преступленіе, по поводу котораго заявлено требованіе о его выдачѣ, считается преступленіемъ политическимъ, или если онъ докажетъ, что требованіе о его

Проектъ редакціонной комиссіи въ послѣдней части ст. 10 содержалъ положеніе: «не подлежитъ выдачѣ иностранецъ, учинившій преступленіе или проступокъ политическіе, направленные противъ иностраннаго государства»; но при окончательномъ изложеніи проекта въ совѣщаніи при мин. юстиціи, этой статьѣ, въ виду сдѣланныхъ по этому предмету указаній министерства иностранныхъ дѣлъ, была придана болѣе условная редакція: «не подлежитъ выдачѣ учинившій политическое преступленіе или проступокъ, направленные противъ иностраннаго государства, если по договору или по установившейся взаимности, выдача признается недопустимою» и, наконецъ, въ редакціи ст. 13, данной Государственнымъ Совѣтомъ, всякое указаніе на невыдачу политическихъ преступниковъ исключено, такъ что разрѣшеніе этого вопроса зависитъ отъ каждаго договора или отъ установившейся взаимности.

На чемъ же основывается принципъ невыдачи собственныхъ подданныхъ?

Выходя изъ того соображенія, что выдача есть актъ карательной юстиціи, замѣняющій собою право суда надъ лицомъ, учинившимъ преступное дѣяніе за границею, можно сказать, что такъ какъ большинство современныхъ государствъ не наказываетъ политическія преступленія, учиненныя за границею иностранцами противъ иностраннаго государства, то оно не можетъ и выдавать учинившихъ таковыя. Но подобное основаніе слишкомъ формально и можетъ быть устранено простымъ дополненіемъ уголовныхъ законовъ. Поэтому рядомъ съ формальнымъ основаніемъ указываютъ на доводы по существу. Эти преступленія, говорятъ защитники разбираемаго положенія, имѣютъ относительный характеръ по мѣсту и времени: въ нихъ не заключается абсолютной преступности, служащей основаніемъ международной уголовной охраны. Подобныя преступленія очень часто грозятъ вредомъ и опасностью только тому государству, противъ государственнаго строя коего они направлены, и не представляютъ ничего опаснаго для другихъ державъ: не можетъ республиканское государство смотрѣть, какъ на человѣка опаснаго, на лицо, пытающееся замѣнить въ сосѣдней странѣ монархическій образъ правленія республиканскимъ. Даже если преступникъ бѣжалъ изъ одной монархической страны въ другую, того же государственнаго типа, то приведенное соображеніе сохраняетъ свою силу, такъ какъ сходство типовъ можетъ относиться только къ общимъ началамъ устройства, а не къ ихъ реальному проявленію, а преступленіе направляется именно противъ послѣдняго: преступникъ посягаетъ не на конституціонный образъ правленія вообще, а возстаетъ противъ опредѣленнаго конституціоннаго правительства. Съ другой стороны, говорятъ они, такъ же измѣнчивы политическія преступленія и во времени. Какъ учитъ насъ исторія, съ измѣненіемъ образа правленія страны нерѣдко совершенно измѣняется и отношеніе къ лицамъ, посягавшимъ на прежній государственный порядокъ: изъ политическихъ преступниковъ они обращаются въ борцовъ за свободу. Поучительна въ этомъ отношеніи, замѣчаетъ пр. Гольцендорфъ (стр. 33), надпись на памятникѣ, поставленномъ въ

выдачѣ вызвано въ дѣйствительности намѣреніемъ преслѣдовать его или подвергнуть наказанію за преступленіе политическаго характера». Ср. относительно Россіи, Martitz, II. § 55.

Неаполѣ на piazza dei martiri гражданамъ, павшимъ за единство Италіи: «славной памяти неаполитанскихъ гражданъ, которые своею смертью на поляхъ битвъ или на эшафотѣ доставили народу свободу». Благодаря этому относительному характеру такихъ преступленій, участіе въ политическихъ преступленіяхъ не кладетъ на виновнаго того пятна, которое клеймитъ большинство общихъ преступниковъ. Исторія, говоритъ профессоръ Блюнчли въ своемъ докладѣ оксфордскому съѣзду, сверхъ того, показываетъ, что политическіе преступники не всегда дурные или злые люди, а часто являются людьми возбужденными, съ твердою вѣрою, иногда даже благородными и достойными уваженія патріотами; не своекорыстіе и личный разсчетъ, а житейская неопытность, ошибочно понимаемые интересы отечества, являются весьма нерѣдко исключительными стимулами подобныхъ дѣяній. Оттого не заинтересованныя непосредственно въ данномъ дѣяніи государства весьма часто не рѣшаются возбуждать преслѣдованіе или выдавать такихъ лицъ.

Кромѣ того, прибавляютъ защитники невыдачи политическихъ преступниковъ, выдача, съ точки зрѣнія юридической, является эквивалентомъ суда въ странѣ убѣжища; только потому, что выдача гарантируетъ болѣе справедливое рѣшеніе дѣла и установленіе виновности или невинности заподозрѣннаго въ случаѣ суда на мѣстѣ совершенія преступленія, она и допустима; но въ другомъ положеніи находятся въ этомъ отношеніи политическіе преступники: исторія указываетъ намъ, сколько страстности вносится именно въ процессы этого рода. Духъ партій заставляетъ нерѣдко жертвовать интересами правосудія; притомъ же и помимо пристрастія, проявляющагося въ отдѣльныхъ случаяхъ суда, нельзя не замѣтить, что и по законамъ процессуальнымъ весьма часто преступленія политическія стоятъ въ иныхъ условіяхъ, чѣмъ общія преступленія.

Этими соображеніями обосновываютъ невыдачу политическихъ преступниковъ, хотя справедливость требуетъ прибавить, что большинство сихъ доводовъ имѣетъ весьма условное значеніе. Непозорный характеръ учиненнаго дѣянія можетъ встрѣтиться и при другихъ преступныхъ дѣяніяхъ; но самъ по себѣ онъ, однако, не служитъ причиною невыдачи, напр., при убійствѣ изъ мести, ревности. Относительный характеръ преступности почти исчезаетъ въ политическихъ преступленіяхъ позднѣйшаго времени, въ коихъ рядомъ съ антигосударственнымъ элементомъ становится элементъ антисоціальный; можно ли утверждать, что преступныя посягательства, учиненныя членами соціально-революціонной партіи, а въ особенности анархистами, грозятъ только тому или другому отдѣльному государству: они направляются на блага и интересы, общіе всѣмъ культурнымъ народамъ, становятся международными преступленіями. Мало того, существенно измѣнились нынѣ средства и пріемы политической борьбы, все менѣе и менѣе напоминая отношенія воюющихъ сторонъ, съ которыми обыкновенно сравнивали политическихъ преступниковъ и борящееся съ ними правительство.

Оттого понятно, что вопросъ о выдачѣ политическихъ преступниковъ вступаетъ нынѣ несомнѣнно въ новый фазисъ, и объемъ политическихъ дѣяній, устраняющихъ выдачу, начинаетъ все болѣе и болѣе уменьшаться. Любопытнымъ указаніемъ является то обстоятельство, что, напр.,

проф. Блюнчли, бывшій прежде однимъ изъ главныхъ сторонниковъ принципа невыдачи за всякое политическое преступленіе, въ докладѣ своемъ оксфордскому конгрессу уже значительно отступилъ отъ прежнихъ воззрѣній, прибавляя, что всѣ соображенія о невыдачѣ не имѣютъ значенія въ тѣхъ случаяхъ, когда подвергается опасности или нарушается не только политическій строй даннаго государства, но общественный и законный порядокъ всѣхъ цивилизованныхъ странъ: противъ международныхъ золъ, замѣчаетъ онъ, необходимы международныя средства [1]).

Что же такое политическія преступленія, не допускающія выдачи [2])?

Отвѣтъ на это можетъ быть двоякій—или формальный, или по существу. Съ первой точки зрѣнія политическими должны быть признаваемы тѣ дѣянія, которыя прямо отнесены къ таковымъ или на основаніи трактатовъ, или по экстрадиціоннымъ законамъ [3]). Но, конечно, такое опредѣленіе, могущее служить достаточно твердымъ основаніемъ для рѣшенія этого вопроса въ отдѣльныхъ случаяхъ, оставляетъ вовсе нерѣшеннымъ вопросъ по существу: какія же именно дѣянія должны быть указаны въ такихъ трактатахъ или законахъ?

Поэтому надо обратиться къ разсмотрѣнію даннаго понятія по существу.

Въ этомъ отношеніи прежде всего нужно сдѣлать два замѣчанія: во-1-хъ, понятіе политическаго преступника не должно быть смѣшиваемо съ понятіемъ политическаго выходца; послѣдними могутъ быть лица, оставившія данную страну по несоотвѣтствію ея государственнаго режима съ ихъ убѣжденіями и мнѣніями, или же лица, заподозрѣнныя въ политической неблагонадежности, въ составленіи враждебныхъ для правительства плановъ, и т. п., но не учинившія никакихъ преступныхъ политическихъ дѣяній, наказуемыхъ по законамъ данной страны; во-2-хъ, необходимо различать понятіе политическихъ преступленій въ обширномъ смыслѣ, охватывающемъ всѣ дѣянія, которыя прямо или косвенно потрясаютъ государственный организмъ, и понятіе государственныхъ преступленій въ тѣсномъ смыслѣ.

Подъ послѣдними должны быть понимаемы преступныя дѣянія, направленныя на самое бытіе государства, на его самостоятельное существованіе, а такъ какъ самостоятельное бытіе государства можетъ быть разсматриваемо или само по себѣ, или по отношенію къ другимъ государствамъ, то поэтому къ области чисто политическихъ преступленій должны быть относимы: посяга-

---

1) Нельзя не указать въ этомъ отношеніи на постановленія женевскаго собранія института международнаго права 1892 г., который въ ст. XIV высказалъ: не считаются политическими преступныя дѣянія, направленныя противъ основъ всякаго общественнаго устройства, а не только противъ даннаго государства и данной формы правленія. Еще далѣе пошелъ римскій съѣздъ 1899 г. представителей различныхъ государствъ по вопросу о мѣрахъ борьбы противъ анархистовъ.

2) Различныя постановленія трактатовъ о невыдачѣ политическихъ преступниковъ приведены у Никольскаго, в. с., стр. 175.

3) Такую систему защищаетъ Liszt въ рефератѣ для германскаго съѣзда юристовъ: sind gleiche Grundsätze des internationalen Strafrechts für die europäischen Staaten anzustreben? und eventuell welche? Рефератъ напечатанъ въ L. Z., II, 1882 г. стр. 50 и сл. Подобная же система была усвоена и проектомъ уголовнаго уложенія редакціонной комиссіи..

тельство на внѣшнее бытіе государства—измѣна, и посягательство на внутренній государственный строй—мятежъ или бунтъ.

Далѣе, посягательства на внутреннее бытіе государства, по самому понятію о государственной организаціи, будутъ обнимать собою: попытку уничтожить цѣлостность государственной территоріи, какъ основы государства, попытку отдѣлить часть территоріи отъ цѣлаго; далѣе, попытку, направленную на ниспроверженіе законовъ органическихъ, образа правленія данной страны; наконецъ, въ государствахъ монархическихъ сюда должны быть отнесены и посягательства на особу монарха, въ коей персонифицируется державная власть страны.

Всѣ эти посягательства сохраняютъ характеръ политическихъ преступленій, какъ въ томъ случаѣ, когда виновный уже приступилъ къ выполненію задуманнаго имъ преступленія, такъ и тогда, когда онъ подготовляетъ таковое; поэтому къ области политическихъ преступленій должны быть относимы: составленіе и распространеніе возмутительныхъ сочиненій, составленіе преступныхъ сообществъ, публичное возбужденіе массъ и т. п.

Далѣе, посягательство на ниспроверженіе существующаго образа правленія, попытка отторженія части государства, по природѣ вещей, предполагаютъ наличность насилія, борьбу болѣе или менѣе продолжительную съ защитниками существующаго порядка. Поэтому понятно, что политическія преступленія нерѣдко могутъ быть осложненными, совмѣщая въ своемъ составѣ разнообразныя посягательства на личность и имущество: возстаніе, перешедшее въ вооруженную схватку съ правительственными войсками на баррикадахъ, разумѣется, немыслимо безъ человѣческихъ жертвъ; взятіе инсургентами какого либо укрѣпленнаго города, или, наоборотъ, выбитіе ихъ изъ подобной позиціи, всегда сопровождается тѣми же разрушительными послѣдствіями, какъ и военныя дѣйствія. Такимъ образомъ, понятіе политическаго преступленія охватываетъ иногда и посягательства на отдѣльныхъ лицъ и имущества, частныя или государственныя; а потому, если по трактатамъ не допускается выдача инсургентовъ, то это положеніе по необходимости распространится и на инсургентовъ, дравшихся на баррикадахъ, обагрившихъ себя кровью защитниковъ правительства.

Еще болѣе осложненными представляются посягательства на особу монарха, такъ какъ въ нихъ всегда заключается не только посягательство на державную власть страны, но и посягательство на физическое лицо, въ которомъ эта власть персонифицируется.

При посягательствахъ на главу государства этотъ дополнительный, осложняющій политическое преступленіе, элементъ получаетъ иногда такое значеніе, что въ международной практикѣ давно уже возникъ вопросъ: можно ли распространить принципъ невыдачи на посягательства на жизнь и здоровье главы государства?

Даже и послѣ 1830 г., несмотря почти на общее признаніе принципа невыдачи политическихъ преступниковъ, въ исторіи экстрадиціи встрѣчаются примѣры отступленія отъ этого начала, какъ скоро политическое дѣяніе заключалось въ посягательствѣ на жизнь главы государства. Такъ, Франція въ 1835 г. потребовала отъ Пруссіи выдачи Барду, участвовавшаго въ заговорѣ

Фіески противъ Людовика Филиппа, и это требованіе было исполнено; Сѣверо-Американскіе Штаты требовали отъ Испаніи выдачи Surrat, одного изъ участниковъ въ убійствѣ Линкольна, и это требованіе не было выполнено только потому, что Surrat бѣжалъ въ Египетъ.

Но наиболѣе ясно былъ поставленъ этотъ вопросъ по поводу покушенія на жизнь Наполеона III, учиненнаго въ Сентябрѣ 1854 г. французскими подданными Жюлемъ и Целестиномъ Жакэнъ (Jacqin) посредствомъ подложенія подъ рельсы на chemin de fer du Nord, между Лиллемъ и Кале, передъ проходомъ императорскаго поѣзда, адской машины [1]). Подкопъ былъ своевременно обнаруженъ, но обвиняемые находились въ Бельгіи и тамъ, въ Брюсселѣ, по требованію французскаго правительства, были подвергнуты предварительному задержанію. Требованіе ареста мотивировалось посягательствомъ на особу французскаго императора и, кромѣ того, покушеніемъ на убійство лицъ, которыя должны были находиться въ императорскомъ поѣздѣ, причемъ бельгійскій кассаціонный судъ, до котораго восходилъ вопросъ о правильности заарестованія, высказалъ, что правило о невыдачѣ не можетъ распространяться на такія дѣянія, которыя всегда и вездѣ должны быть подвергаемы уголовной карѣ.

Въ то же время французское правительство предъявило требованіе о выдачѣ Жакэнъ, а такъ какъ по бельгійскому экстрадиціонному закону вопросъ о выдачѣ рѣшается въ иномъ порядкѣ, чѣмъ вопросъ о заарестованіи, и установленіе юридическихъ основаній выдачи вполнѣ и безапелляціонно зависѣло отъ брюссельскаго суда второй инстанціи, то послѣдній и остался при мнѣніи, высказанномъ имъ по вопросу о заарестованіи, т. е. полагалъ, что выдача допущена быть не должна.

Франція освободила Бельгію отъ такого затруднительнаго положенія, отказавшись поддерживать требованіе о выдачѣ, а бельгійское правительство внесло по этому поводу законопроектъ, который въ Мартѣ 1856 г. былъ принятъ законодательными палатами.

Въ законѣ этомъ постановлялось, что не должно считаться политическимъ преступленіемъ, ни дѣяніемъ, ему сопредѣльнымъ, посягательство на главу иностраннаго правительства и членовъ его фамиліи, когда это дѣяніе составляетъ предумышленное или непредумышленное убійство или отравленіе, а въ мотивахъ къ законопроекту было сказано: «цареубійство, во всѣхъ отношеніяхъ, должно считаться равнымъ съ посягательствомъ на жизнь частнаго лица. Жизнь иностраннаго монарха должна пользоваться покровительствомъ наравнѣ съ жизнью всякаго иностранца, не болѣе, но и не менѣе. Сдѣлать болѣе, значило бы въ самомъ дѣлѣ возвести цареубійство въ политическое преступленіе, дать ему печальное преимущество и въ то же время допустить то, что всѣ мы отвергаемъ, т. е. политическую выдачу. Сдѣлать менѣе, значитъ исключить иностраннаго принца изъ общаго права и узаконить несправедливость».

Затѣмъ, бельгійское правительство сдѣлало предложеніе другимъ европейскимъ державамъ присоединиться къ принятой въ законѣ 1856 г. формулѣ,

---

1) Подробно разсказанъ этотъ случай въ монографіи Billot, стр. 114 и сл., Martitz, II, § 48.

и только три державы отказались отъ принятія таковой: во-1-хъ, Швейцарія, на томъ основаніи, что, принявъ это начало, она не можетъ пользоваться взаимностью, такъ какъ по ея уголовнымъ законамъ союзный президентъ не поставленъ подъ какую либо особенную уголовную защиту сравнительно съ другими гражданами [1]); во-2-хъ, Италія, на томъ основаніи, что по ея уголовному кодексу посягательства на личность иностраннаго монарха отнесены къ группѣ преступленій противъ внѣшней безопасности государства, а потому она не можетъ не признавать эти дѣянія политическими; въ-3-хъ, Англія, которая и въ экстрадиціонномъ законѣ 1870 г. не допустила никакихъ изъятій изъ принципа невыдачи политическихъ преступниковъ. Впрочемъ, въ 1877 г. королевская комиссія, составленная для разрѣшенія столкновенія по вопросу о выдачѣ между Англіею и Сѣверо-Американскими Штатами, въ которой участвовали, подъ предсѣдательствомъ лорда верховнаго судьи Кокборна, извѣстнѣйшіе англійскіе юристы и государственные люди, высказала, что правило о невыдачѣ политическихъ преступниковъ не должно быть примѣняемо къ тѣмъ случаямъ, когда тяжкое преступленіе, какъ, напр., убійство или поджогъ, совершается подъ предлогомъ исполненія политическаго замысла. Заговоры для убійства монарха или поджогъ тюрьмы для освобожденія политическихъ узниковъ суть обыкновенныя преступленія, на которыя не должна простираться безнаказанность, хотя бы мотивы этихъ дѣяній и отличались политическимъ характеромъ. Междуусобная война или возстаніе совершаются открыто и могутъ быть оправданы обстоятельствами, тогда какъ убійство или поджогъ не теряютъ нисколько своей жестокости отъ того, что связаны съ политическими мотивами [2]).

Прочія государства присоединились къ бельгійской формулѣ и она съ небольшими редакціонными измѣненіями перешла почти во всѣ новѣйшіе трактаты и экстрадиціонные законы и законопроекты. Она усвоена и нынѣшнею французскою республикою въ ея недавнихъ договорахъ о выдачѣ, напр., съ Бельгіею (1874 г.), съ Люксембургомъ (1875 г.), съ Монако (1876 г.) и съ Даніею (1877 г.). Хотя въ 1880 г. Гартманъ, произведшій взрывъ подъ именемъ мѣщанина Сухоручкина на Московско-Курской дорогѣ, съ цѣлью произвести крушеніе императорскаго поѣзда [3]), и не былъ выданъ Россіи, но это дѣло не можетъ разсматриваться, какъ прецедентъ по данному вопросу, такъ какъ, съ одной стороны, самое требованіе о выдачѣ было предъявлено нами не по обвиненію въ посягательствѣ на жизнь Императора, а по

---

1) Швейцарскій законъ 1892 г. допускаетъ выдачу обвиняемыхъ въ сопредѣльныхъ преступныхъ дѣяніяхъ, а въ томъ числѣ и посягательствѣ на главу государства, условно: смотря по тому, преобладаетъ ли въ такомъ посягательствѣ общій или политическій характеръ.

2) Подобныя же мысли были высказаны еще ранѣе комиссіею объ экстрадиціи 1868 г., въ числѣ членовъ коей находился и Джонъ Стюартъ Миль. Ср. Renault, стр. 22. Отношенія Англіи къ данному вопросу, вѣроятно, измѣнятся послѣ послѣдовавшаго $\frac{22\text{ Марта}}{4\text{ Апрѣля}}$ 1900 г. посягательства на жизнь принца Уэльскаго, учиненнаго въ Брюсселѣ анархистомъ Сипидо; англичане относились безучастно къ этому вопросу только въ увѣренности, что убѣжище, предоставляемое въ Англіи всякимъ преступникамъ, служитъ лучшею гарантіею ихъ противъ подобныхъ преступленій.

3) Ср. изложеніе дѣла у Calvo, стр. 419; Renault, стр. 31, также не признаетъ за этимъ случаемъ значенія прецедента.

ст. 1081 улож. изд. 1866 г., т. е. по обвиненію въ поврежденіи желѣзной дороги съ цѣлью причинить крушеніе поѣзда, а съ другой—и отказъ въ выдачѣ Гартмана былъ мотивированъ не политическимъ характеромъ его дѣянія, а недостаточностью доказательствъ тождественности Гартмана и Сухоручкина.

Россія усвоила бельгійскую формулу еще въ своемъ первомъ договорѣ съ Голландіею 1867 г., въ статьѣ 6-й коего было постановлено: «само собою разумѣется, что не будетъ признаваемо за политическій проступокъ или за дѣйствіе, состоящее въ связи съ таковымъ проступкомъ, покушеніе противъ особы иностраннаго государя или противъ кого либо изъ членовъ его дома, если это покушеніе составляетъ убійство, отравленіе или умерщвленіе»; затѣмъ такое же положеніе принято и во всѣхъ нашихъ позднѣйшихъ трактатахъ, за исключеніемъ только договоровъ съ Италіею, Швейцаріею и Англіею, гдѣ ни о какихъ изъятіяхъ не упомянуто [1]).

92. Другой рядъ вопросовъ возбуждаютъ преступныя дѣянія, сопредѣльныя съ политическими (délits connexes), входящія въ понятіе политическихъ преступленій въ обширномъ смыслѣ, такъ какъ громадное большинство трактатовъ европейскихъ державъ прямо включаетъ такія сопредѣльныя дѣянія въ группу политическихъ.

Подобная сопредѣльность зависитъ отъ условій объективныхъ или субъективныхъ. Въ первомъ отношеніи сопредѣльными называются дѣянія, учиненныя одновременно съ политическими посягательствами въ тѣсномъ смыслѣ и притомъ учиненныя лицами, принимавшими непосредственное участіе въ учиненіи политическихъ дѣяній; во второмъ, общія преступныя дѣянія, учиненныя съ политическою цѣлью.

Но можно ли утверждать, что подобное совпаденіе или соотношеніе само по себѣ можетъ служить основаніемъ для безнаказанности? Участникъ возстанія, воспользовавшійся смутой для убійства родственника, наслѣдства котораго онъ давно ждалъ, или совершившій въ это время изнасилованіе, не можетъ ссылаться въ свое оправданіе на то, что эти дѣйствія входили, какъ составной элементъ, въ ту борьбу съ правительствомъ, въ которой онъ принималъ участіе; точно также не можетъ ссылаться участникъ поддѣлки нашихъ кредитныхъ билетовъ на то, что онъ имѣлъ въ виду размноженіемъ такихъ билетовъ подорвать нашъ кредитъ и содѣйствовать политическому разстройству Россіи.

---

[1]) Нельзя не указать, что сдѣланное въ 1881 г. россійскимъ правительствомъ предложеніе не считать политическимъ преступленіемъ не только предумышленное убійство, но и покушеніе на него и даже приготовленіе, было въ принципѣ одобрено всѣми европейскими государствами, включая сюда Англію и Италію, хотя тѣмъ не менѣе признаніе этого начала не нашло никакого выраженія въ нашемъ трактатѣ съ Англіею, какъ это можно видѣть изъ категорическихъ положеній статьи 6-й этого договора. Въ соглашеніяхъ нашихъ о выдачѣ съ Пруссіею и Баваріею, наоборотъ, прямо оговорено, что выдачѣ подлежатъ виновные не только въ убійствѣ главы государства, но и въ причиненіи ему насилія, тѣлеснаго поврежденія, лишенія свободы и оскорбленія. Весьма широко поставленъ вопросъ о выдачѣ лицъ, виновныхъ въ такихъ посягательствахъ, въ нашемъ договорѣ съ Испаніею. Принципъ выдачи виновныхъ въ покушеніи на жизнь главы государства, хотя бы учиненномъ по политическимъ побужденіямъ, признанъ въ проектѣ итальянскаго закона объ экстрадиціи.

Съ другой стороны, не трудно видѣть, что установленіе точныхъ границъ между подобными дѣяніями и политическими преступленіями представляется дѣломъ весьма нелегкимъ. Между убійствомъ, поджогомъ, разрушеніемъ чужаго имущества, учиненными во время вооруженнаго возстанія, въ жару борьбы, и между также одновременно съ ними учиненными подобными же преступленіями, которыя вызваны личною злобою, ненавистью, корыстью, граница скорѣе количественная, чѣмъ качественная. Они незамѣтно переходятъ другъ въ друга, въ особенности если принять въ разсчетъ, что борьба инсургентовъ съ правительствомъ не можетъ имѣть того правильнаго дисциплинированнаго характера, который мы можемъ найти въ военныхъ дѣйствіяхъ враждующихъ націй. Точно также весьма близко соприкасаются убійство, положимъ, стражи, пытающейся охранить монарха отъ вторгнувшихся повстанцевъ, и убійство шпіона или доносчика, сбиравшагося предать заговорщиковъ въ руки правительства.

Поэтому понятно, что воззрѣнія на допустимость выдачи за эти преступленія представляются и весьма различными, и измѣнчивыми. Литература и международная практика второй четверти прошлаго столѣтія, находясь подъ вліяніемъ только что установившагося тогда принципа невыдачи политическихъ преступниковъ, прикрывали этимъ флагомъ и всѣ délits connexes; новое время, благодаря измѣнившемуся характеру политическихъ посягательствъ, цѣли и пріемамъ борьбы, относится несравненно сдержаннѣе къ этому вопросу и все болѣе и болѣе ограничиваетъ кругъ дѣяній, сопредѣльныхъ съ политическими и устраняющихъ выдачу. Такъ, Ренò, одинъ изъ выдающихся французскихъ писателей по этому вопросу, говоритъ: «все то, что находитъ себѣ объясненіе въ самомъ возстаніи, являясь его прямымъ послѣдствіемъ, сохраняетъ характеръ политическаго преступленія и не можетъ оправдать выдачу. Если же во время возстанія отдѣльныя лица пользуются общимъ смятеніемъ, чтобы удовлетворить личныя чувства мести или жажду къ наживѣ, если умерщвляются лица по одному только предположенію, что они не сочувствуютъ бунту, если совершаются предумышленныя убійства, если частныя или государственныя имущества расхищаются или разрушаются, причемъ подобныя дѣйствія не вызывались необходимостью защиты или нападенія, а служили лишь удовлетвореніемъ чувства личной злобы, то мы имѣемъ дѣло съ общими преступленіями, хотя и возникшими подъ вліяніемъ политическихъ страстей. Критеріемъ въ этомъ случаѣ можетъ быть, какъ принимаетъ большинство англійскихъ писателей, оцѣнка этихъ дѣяній съ точки зрѣнія того, что воспрещено или дозволено законами или обычаями войны». Нѣсколько условнѣе выразился оксфордскій конгрессъ въ своихъ резолюціяхъ, замѣчая, что разрѣшеніе вопроса о томъ, входитъ ли дѣяніе, по которому требуется выдача, въ группу политическихъ, предоставляется государству, отъ коего требуется выдача, по обстоятельствамъ каждаго дѣла; но и оксфордскій съѣздъ высказался также въ пользу выдачи за подобныя преступныя дѣянія.

Относительно общихъ преступленій, учиненныхъ съ политическою цѣлью, въ современной международной практикѣ находитъ все большее и большее признаніе то положеніе, что цѣль сама по себѣ не можетъ измѣнить при-

роды преступленія [1]). Такъ, въ 1879 г. Швейцарія выдала Россіи Нечаева, обвиняемаго въ убійствѣ студента Иванова, бывшаго соучастникомъ политическаго заговора и потомъ заподозрѣннаго другими соучастниками въ доносѣ; въ 1884 г. Швейцарія также выдала Россіи Дейча, на основаніи подобнаго же обвиненія [2]); такое же начало приняла Франція въ 1884 г. по вопросу о выдачѣ Byrnes, обвиняемаго въ участіи въ убійствѣ лорда Кэвендиша; наконецъ, въ соглашеніяхъ нашихъ съ Пруссіею и Баваріею 1885 г. прямо постановлено: «то обстоятельство, что преступленія или проступки, по поводу коихъ требуется выдача, учинены съ политическою цѣлью, ни въ какомъ случаѣ не можетъ служить препятствіемъ выдачѣ» [3]).

Проектъ уголовнаго уложенія допускалъ выдачу въ случаяхъ этого рода и, такимъ образомъ, выдѣлялъ изъ чисто политическихъ преступленій: 1) дѣянія, вызванныя политическими побужденіями; 2) дѣянія, совершенныя совмѣстно съ политическими преступленіями или проступками или по поводу таковыхъ; 3) посягательства на жизнь или здоровье главы иностраннаго государства. Но, однако, во всѣхъ этихъ случаяхъ выдача допускалась только подъ однимъ условіемъ, если со стороны государства, требующаго таковой, помимо общаго договора о выдачѣ, существуетъ взаимность относительно выдачи данной группы преступниковъ. При разсмотрѣніи проекта въ особомъ совѣщаніи при Государственномъ Совѣтѣ, эти воззрѣнія были признаны вполнѣ правильными, но самое постановленіе о семъ предположено внести въ уставъ угол. судопр. въ такой редакціи: иностранецъ, учинившій внѣ предѣловъ Россіи тяжкое преступленіе или преступленіе, хотя бы вызванное политическими побужденіями, или совершенное совмѣстно съ преступнымъ дѣяніемъ, именуемымъ въ международныхъ договорахъ политическимъ, или по поводу такого дѣянія, равно какъ посягавшій на жизнь, здоровье или свободу главы иностраннаго государства или членовъ его семьи, подлежитъ выдачѣ согласно договору, заключенному съ государствомъ, требующимъ выдачи обвиняемаго, или установившейся въ этомъ отношеніи съ симъ государствомъ взаимности, если обвиняемый не былъ въ Россіи за учиненное имъ дѣяніе осужденъ, оправданъ или освобожденъ отъ наказанія въ установленномъ порядкѣ. Причемъ въ основу этихъ постановленій положены постановленія римской конференціи противъ анархистовъ 1898 г.

---

1) Подробный разборъ теоретическихъ попытокъ опредѣлять понятіе и объемъ политическихъ дѣяній по мотивамъ дѣйствія можно найти у Löwenfeld, в. с., стр. 91 и сл.; онъ замѣчаетъ, что стремленіе считать таковыми тѣ и только тѣ дѣянія, которыя выходятъ изъ политическихъ побужденій, настолько несостоятельно, что само по себѣ не заслуживаетъ и опроверженія. Напротивъ того, въ защиту принципа невыдачи этихъ «относительно политическихъ» преступленій выступилъ Ламмашъ, въ своей диссертаціи, выдвигая на первый планъ политическій мотивъ, хотя, какъ справедливо замѣчаетъ Мартицъ, II стр. 200, тогда пришлось бы измѣнить общій принципъ распредѣленія преступныхъ дѣяній въ кодексахъ по свойству нарушеннаго блага и отнести, напр., къ общимъ преступленіямъ измѣну изъ корысти. Нельзя, впрочемъ, не прибавить, что воззрѣніе Ламмаша оказало свое вліяніе, напр., на постановленія института международнаго права 1892 г. См. Martitz, стр. 226 прим. 15.

2) Lammasch, стр. 307.

3) Въ особенности возражаютъ противъ опредѣленія политическихъ преступленій цѣлью виновнаго—французскіе криминалисты, Ortolan, Garraud и др.

93. Но, конечно, для того, чтобы выдача какъ общихъ преступниковъ, такъ, въ особенности, политическихъ, сдѣлалась вполнѣ юридическимъ институтомъ, особою формою карательно-охранительной государственной дѣятельности, необходимо, чтобы выданному былъ обезпеченъ безпристрастный судъ, общій, а не чрезвычайный. Несомнѣнно, что недовѣріе къ правосудію, къ безпристрастію суда надъ тѣми дѣяніями, въ коихъ отразились политическія страсти, можетъ служить главнымъ препятствіемъ къ правильной постановкѣ вопроса о выдачѣ политическихъ преступниковъ.

Въ этомъ отношеніи, какъ замѣчаетъ пр. Мартенсъ (стр. 458), «каждое государство, требующее выдачи такихъ лицъ, постоянно должно помнить, что чѣмъ больше существующіе у него государственные порядки и судебныя установленія имѣютъ право на уваженіе всѣхъ народовъ, чѣмъ больше они обезпечиваютъ безпристрастіе и правильность разбирательства дѣла, чѣмъ менѣе являются исключеніями изъ общаго нормальнаго порядка, принятаго имъ самимъ и другими народами, тѣмъ скорѣе каждое дѣло о выдачѣ политическаго преступника приметъ характеръ общаго международнаго вопроса, въ рѣшеніи котораго будутъ заинтересованы всѣ цивилизованные народы, тѣмъ дѣйствительнѣе будетъ оказываемая государству потерпѣвшему судебная помощь и, наконецъ, тѣмъ охотнѣе послѣдуетъ выдача требуемаго лица.... На этомъ основаніи можно выставить какъ общій законъ: мѣра международной судебной помощи въ выдачѣ политическихъ преступниковъ прямо пропорціональна устойчивости и цѣлесообразности, съ точки зрѣнія государственныхъ идеаловъ цивилизованныхъ народовъ, порядковъ, существующихъ у государства, требующаго выдачи».

Къ числу такихъ гарантій относится, между прочимъ, установленіе твердаго соотношенія между объемомъ правъ, предоставляемыхъ государству, коему выданъ преступникъ, съ условіями, на которыхъ состоялась выдача. Основнымъ положеніемъ въ этомъ отношеніи является то правило, что государство можетъ судить выданнаго только за то преступное дѣяніе, по поводу коего состоялась выдача [1]). Такимъ образомъ, въ случаѣ выдачи за преступныя дѣянія, учиненныя одновременно съ политическими или по политическимъ мотивамъ, выданный не можетъ уже судиться за политическое дѣяніе, а судится только за то общее преступленіе, по поводу котораго выдача состоялась. Это положеніе или вносится въ трактаты и экстрадиціонные законы, или же особо оговаривается въ конкретныхъ случаяхъ выдачи. Такъ, между прочимъ, Нечаевъ, по выдачѣ его, судился въ московскомъ окружномъ судѣ по обвиненію въ предумышленномъ убійствѣ и въ порядкѣ, установленномъ для общихъ преступленій; то же соблюдено и по отношенію къ Лейбѣ Дейчу.

Конечно, это положеніе относится только къ тѣмъ преступнымъ дѣяніямъ, которыя были учинены до момента выдачи; если выданный затѣмъ уже совершитъ какое либо преступное дѣяніе на территоріи государства, то онъ отвѣчаетъ за него по общимъ правиламъ.

---

[1]) Подробное изложеніе этого вопроса у Lammasch, стр. 740—820.

Далѣе, несомнѣнно также, что, если при разборѣ дѣла, по которому было выдано данное лицо, обнаружена его виновность въ другомъ, болѣе или менѣе важномъ дѣяніи не политическаго характера, то государство можетъ начать дополнительные переговоры о согласіи государства, выдавшаго преступника, на производство суда по поводу вновь открывшагося преступленія, какъ это большею частію и практикуется въ современныхъ международныхъ отношеніяхъ, предполагая, разумѣется, что это новое дѣяніе входитъ въ общій кругъ тѣхъ дѣяній, по коимъ допускается выдача.

Кромѣ того, весьма многими трактатами установляется еще одинъ способъ для разрѣшенія только что указанныхъ случаевъ, а именно, право суда за вновь обнаруженное дѣяніе ставится въ зависимость отъ невыѣзда обвиняемаго, въ установленный срокъ, за предѣлы государства, послѣ того, какъ онъ отбылъ наказаніе за то дѣяніе, по коему онъ былъ выданъ, или послѣ того, какъ онъ былъ освобожденъ отъ суда и наказанія за первое; другими словами,—послѣ того, какъ онъ находился на свободѣ. Въ подобныхъ случаяхъ предполагается добровольное подчиненіе этого лица суду даннаго государства.

Но само собою разумѣется, что только что указанное ограниченіе относится къ новымъ преступнымъ дѣяніямъ, а не къ юридической квалификаціи того же дѣянія: выданный за предумышленное убійство можетъ быть судимъ и наказанъ за убійство въ запальчивости или за неосторожное лишеніе жизни; выданный за воровство можетъ быть судимъ за разбой, предполагая, однако, и въ этомъ случаѣ, что такое измѣненіе квалификаціи не переноситъ даннаго дѣянія въ разрядъ такихъ, по коимъ выдача вообще не допускается: выданный за поврежденіе или истребленіе церковнаго имущества не можетъ быть судимъ, хотя бы и по поводу тѣхъ же фактовъ, за надругательство надъ святынею, если религіозные проступки не входятъ въ группу дѣяній, допускающихъ выдачу.

Самая процедура выдачи представляется весьма сложною; но подробное изложеніе ея не входитъ въ курсъ уголовнаго права [1]). Требованіе о выдачѣ обыкновенно производится путемъ дипломатическимъ; но въ тѣхъ случаяхъ, когда требованіе относится къ предварительному заарестованію, допускаются и непосредственныя сношенія между судебными установленіями обоихъ государствъ, по почтѣ или телеграфу, причемъ въ трактатахъ указываются обыкновенно признаки, которые должны опредѣлять аутентичность подобнаго требованія.

Требованіе о выдачѣ должно быть подкрѣплено надлежащими доказательствами и удостовѣреніями: во-1-хъ, должно быть удостовѣрено тождество личности, находящейся въ данномъ государствѣ, съ личностью, коего выдача, какъ преступника, требуется. Такими доказательствами могутъ служить: описаніе примѣтъ, фотографическіе снимки, или же и допросъ свидѣтелей, удостовѣряющихъ тождество; во-2-хъ, должно быть представлено удостовѣреніе существованія противъ этого лица надлежащаго обвиненія. Соотвѣтственно

---

1) Ср. у Lammasch, в. с. стр. 509—737; Martitz, II, § 30 и сл.

сему, въ уставѣ нашего уголовнаго судопроизводства предположено постановить: Ст. 1011. Если съ точностью выяснено, что лицо, привлеченное въ качествѣ обвиняемаго въ преступномъ дѣяніи, находится за границею, въ предѣлахъ какого либо государства, то лицо, производящее слѣдствіе, составляетъ особое постановленіе, въ коемъ излагаетъ сущность падающаго на него обвиненія, обстоятельства, изобличающія въ ономъ, и наказаніе, коему онъ можетъ подлежать по закону. Копія этого постановленія, чрезъ прокурора окружнаго суда, препровождается въ министерство юстиціи на предметъ сношенія въ установленномъ порядкѣ относительно выдачи обвиняемаго. Къ постановленію прилагается фотографическая карточка обвиняемаго, а за неимѣніемъ таковой— подробное описаніе его примѣтъ, а равно и имѣющіяся о немъ антропометрическія данныя; причемъ все сіе удостовѣряется подписью и печатью производящаго слѣдствіе. Ст. 1012. Если обвиняемый скрылся послѣ преданія его суду, то постановленіе, долженствующее служить основаніемъ сношенія о выдачѣ, составляется судомъ.

Относительно констатированія наличности условій выдачи существуютъ двѣ системы: англо-американская, на основаніи коей мѣстный судъ удостовѣряется въ существованіи основанія обвиненія, разсматривая въ суммарно-состязательномъ порядкѣ не только наличность условій, требующихся для выдачи по этому роду обвиненія, но и доказательства виновности, представленныя государствомъ, требующимъ выдачи; на постановленія суда по сему предмету существуетъ право апелляціи. По системѣ континентальной мѣстная власть удостовѣряется только въ существованіи формально-правильныхъ основаній для требованія, т. е. удостовѣренной копіи въ законномъ порядкѣ составленнаго акта о заарестованіи, или съ постановленія судебнаго слѣдователя о привлеченіи къ суду въ качествѣ обвиняемаго; или копіи обвинительнаго акта, приговора и т. п. Притомъ, въ порядкѣ оцѣнки этихъ документовъ существуютъ также двѣ системы: по такъ называемому французскому началу[1]), установленному въ 1875 г. циркуляромъ министра Дюфора, рѣшеніе зависитъ исключительно отъ администраціи, отъ взаимнаго соглашенія министерства иностранныхъ дѣлъ и юстиціи, причемъ ближайшее разсмотрѣніе какъ вопроса о самоличности, такъ и о свойствѣ представленныхъ доказательствъ принадлежитъ прокурорскому надзору. По началу бельгійскому, наоборотъ, установленіе наличности этихъ условій принадлежитъ суду, который и сообщаетъ свое рѣшеніе министру иностранныхъ дѣлъ; но это рѣшеніе, однако, не обязательно для правительства, такъ что только отъ него зависитъ окончательное рѣшеніе вопроса о выдачѣ или объ отказѣ въ таковой. Система бельгійская, получившая одобреніе въ большинствѣ монографій о выдачѣ,— Billot, Martitz, рекомендована и оксфордскимъ конгрессомъ, какъ наиболѣе цѣлесообразная. У насъ правила, относящіяся къ порядку выдачи, представляются совершенно неопредѣленными, и въ виду этого особое совѣщаніе при Государственномъ Совѣтѣ возложило на министра юстиціи совмѣстно съ министромъ иностранныхъ дѣлъ озаботиться подробною разработкою пра-

[1]) Ламмашъ называетъ его прусскимъ, такъ какъ въ Пруссіи онъ проводится еще послѣдовательнѣе.

вилъ о выдачѣ, для включенія таковыхъ въ уставъ уголовнаго судопроизводства.

Издержки выдачи въ прежнихъ трактатахъ обыкновенно возлагались цѣликомъ на правительство, требующее выдачи; нынѣ большею частью здѣсь дѣлается различіе: издержки по выдачѣ, дѣлаемыя въ предѣлахъ территоріи государства выдающаго, падаютъ обыкновенно на это государство, а всѣ остальныя—на государство, требующее выдачи.

ГЛАВА ТРЕТІЯ.

Виновное посягательство на норму.

§ 1. Существенные признаки преступнаго дѣянія.

94. Какъ посягательство на норму права въ ея реальномъ бытіи, на правоохраненный интересъ жизни, преступное дѣяніе является извѣстнымъ жизненнымъ отношеніемъ, возникающимъ между посягающимъ и предметомъ посягательства, совмѣщающимъ въ себѣ своеобразныя черты, или признаки, на основаніи коихъ оно входитъ въ группу юридическихъ отношеній вообще и, притомъ, занимаетъ въ этой группѣ самостоятельное мѣсто, какъ уголовно-наказуемая неправда. Совокупность этихъ характеристическихъ признаковъ преступнаго дѣянія въ наукѣ уголовнаго права, въ особенности въ литературѣ германской, называютъ составомъ преступнаго дѣянія (corpus delicti, Thatbestand, corps de délit) [1]).

Но такъ какъ всякое преступное дѣяніе можетъ быть разсматриваемо или въ его родовомъ, или въ его видовомъ понятіи, то, сообразно съ этимъ, различаютъ общій и особенный или видовой составъ преступнаго дѣянія: сумма признаковъ, при наличности коихъ извѣстное дѣяніе признается преступнымъ и наказуемымъ, будетъ общимъ составомъ, сумма признаковъ, при

---

1) Первоначально выраженіе corpus delicti имѣло иное, процессуальное значеніе; такъ, въ XVI и XVII столѣтіяхъ подъ нимъ понимали всѣ тѣ слѣды, которые оставляетъ преступное дѣяніе во внѣшнемъ мірѣ, какъ, напр., трупъ убитаго, орудіе убійства, слѣды крови и т. п., т. е. вообще совокупность тѣхъ признаковъ, по которымъ бы можно было удостовѣриться въ дѣйствительномъ совершеніи преступленія, чтобы затѣмъ перейти къ спеціальному разысканію преступника. Только въ концѣ XVIII столѣтія въ нѣмецкой литературѣ понятіе corpus delicti переносится въ уголовное матеріальное право, причемъ въ опредѣленіи этого понятія долго проявляется его процессуальное происхожденіе, почему изъ ученія о составѣ преступленія обыкновенно исключали ученіе о субъективныхъ условіяхъ виновности. Ср. указанія на измѣненіе понятія о corpus delicti въ моемъ курсѣ, I, № 2 и сл.; Birnbaum, Beitrag zur Feststellung des Begriffs von Thatbestand im criminalrechtlichen und processualischen Sinne въ Archiv, 1825 г., стр. 493 и сл. Нѣмецкіе криминалисты (ср. въ особенности Schütze, Nothwendige Theilnahme, стр. 10) обращаютъ вниманіе на необходимость строгаго различія между понятіемъ Thatbestand und Begriff des Verbrechens, понимая подъ послѣднимъ совокупность основаній, опредѣляющихъ преступность дѣянія. Иначе опредѣляетъ это различіе Berner, Ueber den Begriff des Verbrechens, Archiv, 1849 г.

наличности коихъ преступное дѣяніе признается убійствомъ, воровствомъ, или, еще спеціальнѣе, воровствомъ въ обитаемомъ помѣщеніи, убійствомъ по согласію и т. д., будетъ особымъ составомъ [1]). Конечно, въ общей части курса я буду изслѣдовать только ученіе объ общемъ составѣ преступнаго дѣянія, включая сюда всѣ его элементы съ ихъ возможными оттѣнками и видоизмѣненіями [2]).

Существенные признаки преступнаго дѣянія, какъ и всякаго юридическаго отношенія, могутъ быть сведены къ тремъ группамъ: 1) лицо дѣйствующее—виновникъ преступнаго дѣянія; 2) то, на что направляется дѣйствіе виновнаго—объектъ или предметъ преступнаго посягательства, и 3) самое преступное посягательство, разсматриваемое съ внутренней и внѣшней его стороны. Сообразно этому дѣленію, распредѣляется и содержаніе настоящей главы.

§ 2. Виновникъ преступнаго дѣянія.

95. Какъ юридическое отношеніе, выражающееся въ посягательствѣ на правоохраненный интересъ, преступное дѣяніе можетъ быть учиняемо только лицомъ; вредъ, причиняемый различнымъ интересамъ, частнымъ или общественнымъ, животными, такъ же, какъ и бѣдствія, создаваемыя силами природы, могутъ иногда вызывать разнообразныя предупредительно-охранительныя мѣры со стороны государства или частныхъ лицъ, но эти мѣры не имѣютъ ничего общаго съ карательною дѣятельностью государства.

Иначе относилось къ этому вопросу уголовное право не только древняго міра [3]), но и среднихъ вѣковъ: процессы противъ животныхъ занесены въ лѣтописи какъ свѣтскихъ, такъ и духовныхъ судовъ [4]), причемъ возмож-

---

1) Въ руководствахъ и учебникахъ по уголовному праву встрѣчаются и другія дѣленія состава преступнаго дѣянія. Такъ, различаютъ существенные признаки (essentialia seu substantialia), безъ которыхъ преступное дѣяніе немыслимо, и не существенные; послѣдніе подраздѣляютъ еще на обыкновенные (naturalia), которые имѣетъ въ виду законодатель, установляя наказаніе за данное дѣяніе, и случайные (accidentalia), которые, встрѣчаясь въ преступномъ дѣяніи, усиливаютъ или ослабляютъ его наказуемость. Но это дѣленіе, заимствованное изъ ученія гражданскаго права объ юридическихъ дѣйствіяхъ, имѣетъ значеніе только въ особенной части, при систематизаціи преступныхъ дѣяній. Еще менѣе значенія представляетъ дѣленіе состава на объективный, относящійся къ внѣшней сторонѣ дѣянія, и субъективный, охватывающій условія виновности, такъ какъ понятно, что обѣ группы условій только въ ихъ совокупности образуютъ составъ преступнаго дѣянія.

2) Liszt, § 25, называетъ самые признаки—Begriffmerkmalen des Verbrechens, а ихъ видоизмѣненія и оттѣнки—Erscheinungsformen des Verbrechens.

3) Въ Греціи встрѣчались и процессы противъ неодушевленныхъ предметовъ, причинившихъ смерть человѣку. Ср. Thonissen, Le droit pénal de la république athenienne, 1875 г., стр. 256.

4) Ср. Pierre Ayrault: Des procès faites aux cadavres, aux cendres, à la mémoire, aux bêtes brutes et aux choses inanimées, 1591, вошедшее въ его сочиненіе Ordre et instructions judiciaires, изд. 1881, кн. IV; Menabrea, De l'origine, de la forme, et de l'ésprit des jugements rendus au moyen âge contre les animaux, 1846; Dubois, Histoire du droit criminel, т. V, стр. 656 и сл.; Berriat Saint Prix, Rapport et recherches sur les procès et jugements relatifs aux animaux, 1829; E. Agnel, Procès contre les animaux, 1859 г.; A. Mangin, L'homme et la bête, 1872 г.; A. Sorel, Procès contre les animaux et insectes, suivis au moyen âge dans la Picardie et le Valois, 1877 г.; Amira, Thierstrafen und Thierprozesse, 1891 г.; другія литературныя указанія см. въ моемъ курсѣ, I, № 6 и сл., а также у Amira, в. с.; Я. Канто-

ность такихъ процессовъ объяснялась или взглядомъ на преступленіе, какъ на дѣяніе, оскорбляющее божество и охраняемый имъ міръ, или же мистическимъ воззрѣніемъ на природу и въ особенности на психическую жизнь животныхъ; но уже Pierre Ayrault, оправдывая процессы этого рода, практиковавшіеся въ его время и даже имъ самимъ, оправдываетъ ихъ только съ точки зрѣнія устрашенія для людей, готовящихся къ преступленію.

Такъ, въ судахъ свѣтскихъ XIV и XV столѣтій нерѣдко встрѣчались случаи преслѣдованія животныхъ, причинившихъ смерть человѣку, въ особенности быковъ и свиней, платившихъ своею жизнью, преимущественно чрезъ повѣшеніе, за свою ярость; причемъ главною основою подобныхъ приговоровъ служило каноническое право, постановленіе 21-й главы Исхода, по которому быка, убившаго человѣка, повелѣвалось побить каменьями, а мясо его почиталось нечистымъ; подобное же положеніе было усвоено греческими законами Дракона и Солона[1]).

Къ компетенціи судовъ духовныхъ принадлежала, главнымъ образомъ, другая группа, когда животное являлось источникомъ общественныхъ бѣдствій: поэтому въ исторіи каноническаго уголовнаго права мы встрѣчаемся съ процессами противъ насѣкомыхъ и животныхъ, истреблявшихъ посѣвы, жатвы, виноградники. Испуганное населеніе, въ виду грозящаго зла, прибѣгало къ духовенству, а то, не ограничиваясь молитвами объ отвращеніи или прекращеніи бѣдствія, устраивало формальныя судбища противъ нарушителей мира; особенно многочисленны были такіе процессы въ странахъ католическихъ[2]). Наказанія въ этомъ случаѣ имѣли, конечно, характеръ не матеріальный:

ровичъ, Процессы противъ животныхъ въ средніе вѣка, 1897 г. Въ недавнее время вопросъ о преступности животныхъ затронутъ съ другой стороны, въ интересахъ выясненія преступности человѣческой и ея элементовъ, ср. напр., Lacassagne, La criminalité chez les animaux, въ Revue scientifique 1882 г.; много данныхъ этого рода находится въ трудахъ сторонниковъ антропологической школы. Ср. также, I. Bregenzer, Thier-Ethik, 1894 г.; въ особенности § 21; на стр. 146 и сл. много примѣровъ этнографическихъ.

[1]) Въ средніе вѣка обвиняемое животное иногда даже подвергалось предварительному заключенію при тюрьмѣ (Agnel, стр. 7), а Mangin (стр. 344) разсказываетъ, что ихъ иногда подвергали пыткѣ и крики, издаваемые ими, принимались за сознаніе; затѣмъ составлялся обвинительный актъ, допрашивались свидѣтели, велись пренія и постановлялось рѣшеніе; судъ часто мотивировалъ свои приговоры: такъ, въ 1405 г., быкъ былъ приговоренъ къ повѣшенію «pour ses démérites», а въ 1499 г.—также былъ повѣшенъ быкъ «pour sa furiosité»; въ 1474 году, въ городѣ Базелѣ, былъ приговоренъ къ сожженію пѣтухъ за то, что онъ снесъ яйцо и такимъ образомъ вошелъ въ союзъ съ дьяволомъ. Во время казни, животныхъ иногда одѣвали въ человѣческое платье (Sorel, стр. 7). Наказаніемъ была смертная казнь, повѣшеніе за заднія ноги, иногда даже казнь квалифицированная, соединенная съ предшествующимъ изувѣченіемъ. Дюбуа, стр. 663, приводитъ даже примѣненіе права помилованія Филиппомъ Бургундскимъ къ стаду свиней, осужденныхъ на смертную казнь за то, что три свиньи изъ этого стада съѣли подпаска. Послѣдній процессъ этого рода у Agnel приведенъ отъ 20 Мая 1572 г.; почти до новаго времени сохранялись случаи казни быковъ, свиней и т. п., въ Черногоріи; въ Славоніи указываютъ на казнь свиньи еще въ 1864 г.; ср. Amira, стр. 29; Bregenzer, стр. 152.

[2]) Причемъ и въ этихъ случаяхъ съ точностью соблюдались всѣ требованія каноническаго процесса: подсудимымъ посылались троекратныя оповѣщенія, въ рѣчахъ защитниковъ и прокуроровъ подробно взвѣшивались всѣ доводы за и противъ обвиненія. Agnel приводитъ нѣсколько любопытныхъ оправдательныхъ доводовъ защиты. Такъ, въ процессѣ 1510 года адвокатъ просилъ отложить засѣданіе, за несвоевременнымъ оповѣщеніемъ подсудимыхъ о днѣ засѣданія; въ дѣлѣ 1587 г. противъ червей, опустошившихъ виноградники, защита обжаловала приговоръ на томъ основаніи, что мѣстность, въ которую предписывали приговоромъ удалиться виновнымъ, была совершенно безплодна и т. д.

виновнымъ повелѣвалось оставить мѣстность, назначалось отлученіе и анафема ихъ и т. д. [1]).

Особую группу составляли случаи, въ которыхъ животное являлось не столько виновникомъ, сколько соучастникомъ, и притомъ пассивнымъ, таковы, процессы о скотоложствѣ. Еще въ книгѣ Левитъ (глава XX, стихъ 15) повелѣвалось вмѣстѣ съ скотоложниками умерщвлять и оскотоложественныхъ животныхъ, и это начало, перейдя въ свѣтское законодательство, сохранилось до позднѣйшаго времени. Такъ, во Франціи, до половины XVIII столѣтія, животныя, въ случаяхъ этого рода, подвергались даже сожженію; прусское земское право 1795 года опредѣляло, что такихъ животныхъ нужно убивать или изгонять изъ страны [2]).

96. Слѣдовательно, виновникомъ преступнаго дѣянія можетъ быть только лицо. Но въ области права понятіе «лица» распространяется не только на лицъ физическихъ, но и на такъ называемыхъ лицъ юридическихъ, которыми признаются: во-1-хъ, единенія лицъ физическихъ, разсматриваемыя какъ идеальное цѣлое, какъ единичная личность (universitates personarum), и, во-2-хъ, отдѣльные интересы и цѣли, которымъ придается самостоятельное юридическое значеніе, самостоятельная личность (universitates bonorum, pia corpora); однимъ словомъ,—все то, что, не будучи лицомъ физическимъ, способно находиться въ юридическихъ отношеніяхъ, имѣть права и обязанности. Но могутъ ли юридическія лица быть виновниками преступнаго дѣянія, могутъ ли они за учиненное отвѣчать въ уголовномъ порядкѣ [3])?

---

1) Процессы этого рода встрѣчаются и въ XVIII столѣтіи; такъ, Sorel (стр. 22) цитируетъ, какъ послѣдній примѣръ, процессъ противъ крысъ и мышей 1710 г. въ нынѣшнемъ департаментѣ Côte d'Or. У Agnel приведены извлеченія изъ спеціальнаго сочиненія доктора обоихъ правъ Шассанеуса, de excommunicatione insectorum, 1588 г., въ коемъ подробно излагался порядокъ процессовъ этого рода. Въ памятникахъ нашего права не встрѣчается случаевъ суда надъ животными, ни въ духовныхъ, ни въ свѣтскихъ судахъ; пр. Сергѣевскій (стр. 89, пособія стр. 58), приводитъ случай казни при Михаилѣ Ѳеодоровичѣ обезьяны, забѣжавшей въ церковь и произведшей тамъ безпорядокъ; но обезьяна была казнена безъ суда, прямо по приказанію патріарха; извѣстенъ также фактъ наказанія кнутомъ и ссылки въ Тобольскъ въ 1593 г. колокола изъ Углича. Amira, стр. 29; Bregenzer, стр. 153, упоминаютъ еще о нѣсколькихъ случаяхъ наказанія животныхъ и даже неодушевленныхъ предметовъ, ссылаясь на указанія Meiners'a, Vergleichung des älteren und neueren Russlands 1798 г., II, стр. 290. Источникомъ этихъ указаній является отчетъ Адольфа Лизека, (Lyseck) бывшаго секретаремъ посольства въ Москву императора Леопольда въ 1675 г. Лизекъ (Caput XIX, стр. 102) сообщаетъ мало, впрочемъ, достовѣрный разсказъ о судѣ и ссылкѣ во второй половинѣ XVII вѣка въ Сибирь козла, сбросившаго съ лѣстницы сына одного боярина; далѣе приводитъ другой разсказъ, напоминающій исторію съ угличскимъ колоколомъ, о томъ, что будто вторая жена царя Алексѣя Михайловича была разбужена и обезпокоена ночью звономъ колокола на сосѣдней колокольнѣ; по ея жалобѣ, колокольня была разрушена, а колоколъ битъ кнутомъ и приговоренъ къ ссылкѣ въ Сибирь, но потомъ колоколъ былъ помилованъ: ему придѣланы желѣзныя уши, онъ повѣшенъ на нижнюю колокольню и въ него запрещено звонить. Наконецъ, Лизекъ упоминаетъ еще о бывшемъ будто бы судѣ надъ ножомъ, которымъ обрѣзалась жена Алексѣя Михайловича.

2) У насъ по этому вопросу въ мнѣніи Государственнаго Совѣта, отъ 29 Февраля 1864 г., повторено постановленіе 1848 г., опредѣляющее оскотоложественныхъ животныхъ убивать и зарывать въ землю по правиламъ о зараженныхъ животныхъ, а хозяина убитаго животнаго вознаграждать за вредъ и убытки по общимъ правиламъ.

3) Ср. Savigny, System des heutigen römischen Rechts, II, § 94; E. Zitelmann, Begriff und Wesen der sogenannten juristischen Personen, 1873 г. Спеціальная монографія Ziegler, Die Verbrechensunfähigkeit

Вопросъ этотъ въ наукѣ еще недавно считался порѣшеннымъ навсегда и притомъ отрицательно, но за послѣднее время снова раздались голоса въ защиту противоположнаго мнѣнія [1]), хотя, по моему мнѣнію, communis opinio doctorum остается не поколебленнымъ по соображеніямъ какъ уголовной политики, такъ и права.

Въ первомъ отношеніи справедливо указываютъ на то, что признаніе принципа отвѣтственности юридическихъ лицъ вноситъ крайній произволъ и неопредѣленность въ установленіе объема и условій этой наказуемости: во-1-хъ, защитники этого взгляда должны примѣнять его не ко всѣмъ категоріямъ этихъ лицъ, а только къ корпораціямъ, такъ какъ нельзя себѣ и представить уголовнаго преслѣдованія монастыря, богадѣльни, учебнаго заведенія или предъявленія обвиненія противъ открывшагося, но не принятаго еще наслѣдства (hereditas jacens); во-2-хъ, даже и относительно корпорацій можно допустить привлеченіе къ отвѣтственности только за нѣкоторые виды преступныхъ дѣяній: нельзя же обвинять земство или акціонерное общество въ изнасилованіи, лжесвидѣтельствѣ и т. д. Но гдѣ же въ такомъ случаѣ отыскать

---

juristischer Personen, 1852 г., только по римскому праву. Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtssprechung, 1887 г.; Kirchenheim, Die Deliktsfähigkeit von Verbandspersonen G. XXXVII стр. 421, XL, 251, Berender, Delikt und Haftung der juristischen Person nach gemeinem Recht, 1891 г.; Kriwzow, Die Deliktsfähigkeit der Gemeinde, 1893 г.; Bouvier, De la responsabilité pénale et civile des personnes morales 1887 г.; A. Mestre, Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale. 1899 г., съ подробнѣйшею библіографіею вопроса; Ch. Geminél, De la responsabilité pénale des associations, 1899 г.; А. Пестржецкій, объ отвѣтственности обществъ за преступленія—въ Ж. М. Ю. за 1866 г. № 6. Болѣе подробныя указанія на литературу см. въ моемъ курсѣ, I, № 8 и сл.

1) Принципъ уголовной отвѣтственности юридическихъ лицъ, городовъ, общинъ, былъ общепризнанъ въ средневѣковой литературѣ и законодательствахъ, Engau, Leyser, Böhmer въ Германіи, Кларусъ и Фаринаціи въ Италіи, Жуссъ во Франціи считали это положеніе безспорнымъ. Во французскомъ ордоннансѣ 1670 г. существовала особая глава: sur la manière de faire le procès aux communautés, bourgs et villages; много примѣровъ отвѣтственности общинъ и городовъ въ старой Франціи собраны у Mestre, глава V. Несмотря на то, что учредительное собраніе высказывалось противъ законности самаго существованія корпорацій, уже законъ 10 Vend. IV года дѣлалъ общины отвѣтственными за нѣкоторыя преступныя дѣянія, учиненныя на ихъ территоріи, а именно за преступныя сборища и за грабежи, и при томъ отвѣтственными какъ въ гражданскомъ, такъ и въ уголовномъ порядкѣ. Даже въ трудахъ Гуго Гроція, Пуффендорфа, Пасторе можно видѣть слѣды этого воззрѣнія. Но съ Савиньи и Фейербаха начинается поворотъ и принципъ безотвѣтственности юридическихъ лицъ, за малыми исключеніями (Грольманъ, Бауеръ, Титманъ), становится господствующимъ. Только въ недавнее время идея о возможности отвѣтственности лицъ юридическихъ воскресаетъ, по преимуществу, среди нѣмецкихъ цивилистовъ, и притомъ какъ германистовъ—Dahn, Vernunft im Recht, 1879 г. стр. 168 и въ особенности Gierke, глава IV, V, стр. 743—784 и сл., такъ и романистовъ—Bekker, Bolze, Dernburg. Windscheid прежде считалъ виновность ихъ мыслимою, но въ изданіи 1891 г. (7-мъ) энергически высказался противъ; изъ криминалистовъ—Kirchenheim, Merkel и въ особенности Liszt, который (§ 26) находитъ, что хотя по дѣйствующему германскому праву societas delinquere non potest, но прибавляетъ, что признаніе преступности обществъ въ предѣлахъ ихъ дѣеспособности и наказуемость ихъ, какъ самостоятельныхъ обладателей правовыхъ благъ, и возможна и цѣлесообразна; у него въ примѣчаніи приведены примѣры, впрочемъ, малоубѣдительные, возможной виновности юридическихъ лицъ—обманы въ обязательствахъ, ростовщичество, распространеніе запрещенныхъ сочиненій, злоупотребленія по выборамъ, и возможной ихъ отвѣтственности—лишеніе имущества или права выборовъ, закрытіе. Но и онъ прибавляетъ, что, конечно, все ученіе о преступной дѣятельности можетъ быть примѣнимо въ этихъ случаяхъ только условно, а мѣсто непосредственной преступной физической дѣятельности должно занять дѣйствованіе чрезъ искусственный органъ.

границу? Можно ли допустить отвѣтственность только въ сферѣ имущественныхъ посягательствъ? Очевидно, нѣтъ, такъ какъ, съ одной стороны, и между этими посягательствами существуютъ такія, которыя, по самому ихъ составу, предполагаютъ виновность лицъ физическихъ какъ поджогъ, разбой, а съ другой, и между неимущественными посягательствами есть такія, по поводу коихъ иногда возбуждается вопросъ объ отвѣтственности лицъ юридическихъ,—какъ, напр., обиды, злоупотребленія политическими правами корпорацій, сословій, многія полицейскія нарушенія и т. п.; въ-3-хъ, такія же условныя ограниченія нужно допустить и относительно наказаній, которыя могутъ быть примѣняемы къ лицамъ юридическимъ: какъ посадить въ тюрьму, сослать на поселеніе или на каторгу акціонерное общество, земство? Остаются, слѣдовательно, денежныя взысканія, да аналогичное съ смертною казнью прекращеніе, уничтоженіе корпораціи. Но даже примѣненіе этихъ карательныхъ мѣръ къ лицу фиктивному можетъ возбудить значительныя сомнѣнія. Нельзя отрицать права государства прекращать бытіе корпораціи, оказавшейся вредною или по цѣли, которую она осуществляетъ, или по условіямъ ея дѣятельности; но такое прекращеніе не тождественно съ наказаніемъ. Съ одной стороны, эта мѣра можетъ быть примѣняема, хотя бы корпораціею и не было учинено никакого преступнаго дѣянія, только вслѣдствіе измѣненія условій общественной жизни, а съ другой, учиненіе членами корпораціи преступнаго дѣянія, хотя бы и тяжкаго, не можетъ оправдывать закрытіе общества, если только его цѣль остается полезною и необходимою для государства. Также не всегда будетъ раціонально и примѣненіе денежныхъ взысканій, не въ видѣ вознагражденія за вредъ, а въ видѣ наказанія: благоразумно ли взыскивать денежную пеню, напр., съ благотворительнаго общества, которому само же государство даетъ денежную субсидію?

Независимо отъ неудобствъ, создаваемыхъ принятіемъ начала уголовной отвѣтственности лицъ юридическихъ, представляется болѣе чѣмъ спорною юридическая возможность таковой. Въ этомъ отношеніи приводятся доводы также двоякаго рода, почерпаемые или изъ самой конструкціи юридическаго лица, или изъ основанія уголовной кары. Юридическія лица всѣхъ категорій существуютъ только какъ продуктъ юридическаго вымысла, возникающаго въ сложившейся государственной жизни. Признаніе государственнаго и общественнаго значенія извѣстныхъ цѣлей и интересовъ, или существующихъ самостоятельно и независимо отъ всякой отдѣльной физической личности, или достиженіе коихъ усиліями и дѣятельностью отдѣльнаго физическаго лица представлялось бы затруднительнымъ, является причиною созданія представленія объ идеальной личности, какъ бы аналогичной съ личностью физическою, но не тождественной съ нею, и побуждаетъ смотрѣть на эту идеальную личность, какъ на правоспособную въ тѣхъ предѣлахъ, которые будутъ ей отмежеваны закономъ, причемъ самые предѣлы правоспособности этихъ фиктивныхъ личностей представляются далеко не одинаковыми, состоя въ зависимости отъ свойства и значенія цѣли, ради коей они возникаютъ. Поэтому, только тѣ дѣйствія юридическаго лица, которыя совершены въ отмежеванной ему государствомъ правовой сферѣ, имѣютъ юридическое значеніе; всѣ другія, внѣ этой сферы лежащія, дѣйствія признаются юридически ничтожными.

*

Но можемъ ли мы себѣ представить юридическое лицо, за которымъ бы государство признало правоспособность и въ сферѣ преступныхъ дѣяній? [1])

Съ другой стороны, уголовная отвѣтственность обусловливается виновностью лица: будетъ ли это вина умышленная, будетъ ли это небрежность, виновность все равно предполагаетъ наличность реальной, а не фиктивной воли, предполагаетъ, какъ мы увидимъ далѣе, не только правоспособность, но и дѣеспособность, имѣетъ дѣло съ субъектами, способными чувствовать, мыслить и сознавать совершаемое, а этого условія естественно не существуетъ въ лицѣ юридическомъ, дѣйствующемъ во всѣхъ юридическихъ отношеніяхъ черезъ представителей.

Принципъ уголовной безотвѣтственности лицъ юридическихъ одинаково примѣняется ко всѣмъ преступнымъ дѣяніямъ, какъ тяжкимъ, такъ и маловажнымъ, какъ умышленнымъ, такъ и неосторожнымъ.

Но, само собою разумѣется, что эта безнаказанность юридическаго лица, какъ идеальной личности, отнюдь не освобождаетъ отъ отвѣтственности тѣхъ его представителей или членовъ, которые непосредственно выполнили преступное дѣяніе: за оскорбительное письмо, написанное отъ имени собранія или клуба, отвѣчаютъ старшины, подписавшіе это письмо, а не самый клубъ; за подлогъ, совершенный правленіемъ акціонернаго общества, отвѣчаютъ тѣ лица, которыя изготовили, подписали или употребили завѣдомо подложный документъ и т. п.

Точно также уголовная безотвѣтственность юридическихъ лицъ не исключаетъ ихъ отвѣтственности гражданской, въ частности—обязанности вознагражденія за вредъ и убытки. На этомъ основаніи существуетъ: во-1-хъ, обязанность юридическаго лица вознаграждать за дѣйствія своихъ представителей, органовъ или агентовъ, какъ скоро они дѣйствовали въ предѣлахъ своего полномочія, или при исполненіи своихъ обязанностей, и причинили, умышленно или по неосторожности, вредъ или убытокъ, распространяя это понятіе и на нѣкоторые случаи устраненія послѣдствій учиненнаго ими закононарушенія; во-2-хъ, юридическое лицо обязуется возвратить весь тотъ прибытокъ, который оно получило отъ противозаконныхъ дѣйствій своего представителя или агента, на основаніи общаго ученія объ obligatio ex re, ex eo quod ad aliquem pervenit.

Наконецъ, признаніе ненаказуемости лицъ юридическихъ не противорѣчитъ встрѣчающемуся въ жизни наложенію на различнаго рода единенія, общины, контрибуцій, взысканій, ограниченія ихъ дѣятельности или даже прекращенія ихъ существованія, коль скоро эти мѣры примѣняются не какъ наказаніе, а какъ мѣры административныя или политическія, потому что въ этомъ случаѣ нѣтъ рѣчи о признаніи виновности юридическаго лица, объ уголовномъ судѣ и наказаніи [2]).

---

1) Ср. Савинья, System, II, 385 и сл.; также Пухта, Унгеръ, Vangerow, Pandekten, § 51. Но къ тому же выводу должны приходить и сторонники теорій, отрицающихъ ученіе «фиктивной личности», германисты, а въ особенности защитники ученія о безсубъектныхъ правахъ, во всѣхъ его оттѣнкахъ. Ср. мой курсъ, I, № 9.

2) Ср. напр. для Германіи Genossenschaftsgesetz 1889, § 79; Innungengewerbsordnung, § 113; но установляемое въ этихъ случаяхъ закрытіе обществъ и корпорацій не составляетъ уголовнаго

Сомнѣніе возбуждаютъ указываемые нѣкоторыми криминалистами случаи такъ называемой групповой или массовой отвѣтственности (Сергѣевскій, Пособія, стр. 95) [1]), встрѣчающейся въ исторіи всѣхъ законодательствъ, но и оно устраняется уже тѣмъ соображеніемъ, что въ этихъ случаяхъ нѣтъ рѣчи объ отвѣтственности лицъ юридическихъ, а имѣется въ виду проявленіе виновности толпы, массъ, т. е. простой совокупности лицъ физическихъ, особая форма коллективной вины, разновидность соучастія. Это указаніе одинаково примѣнимо, какъ къ тѣмъ случаямъ, когда отвѣтственность, до смертной казни включительно, примѣнялась ко всѣмъ безъ исключенія лицамъ, бывшимъ во время учиненія извѣстнаго преступленія въ данномъ мѣстѣ, домѣ, деревнѣ, на основаніи допускавшейся въ старомъ правѣ теоріи предполагаемой виновности (массовая отвѣтственность въ тѣсномъ смыслѣ), такъ и къ тѣмъ, когда при доказанномъ участіи извѣстнаго числа лицъ въ преступленіи, отвѣтственности подвергались не всѣ, а только нѣкоторые по выбору, жребію, случайному порядку—изъ девяти—десятаго (особая форма прощенія вины, непользованія карательною властью). Въ этихъ случаяхъ нѣтъ юридическаго лица, привлекаемаго къ отвѣтственности, а существуетъ лишь совокупность предполагаемыхъ или дѣйствительныхъ физическихъ виновниковъ [2]).

По тѣмъ же основаніямъ нельзя согласиться и съ остроумнымъ построеніемъ ученія объ отвѣтственности лицъ юридическихъ, сдѣланнымъ въ новомъ обширномъ трудѣ французскаго криминалиста Местра, заслуживающемъ, однако, по моему мнѣнію, болѣе подробнаго разсмотрѣнія. Современное состояніе ученія о юридическихъ лицахъ, по мнѣнію автора, есть наслѣдье XVIII вѣка; великая революція, поставивъ на первый планъ человѣческую

наказанія въ тѣсномъ смыслѣ, а является полицейскою мѣрою безопасности. Своеобразная отвѣтственность установлена въ нашемъ правѣ, сравнительно новыми законами 1864, 1868, 1871 и 1874 годовъ, для римско-католическихъ монастырей (уст. иностр. испов. ст. 230 и сл.), за нарушеніе правилъ: о принятіи въ монашествующіе, о проживаніи въ монастыряхъ постороннихъ лицъ, объ отлучкѣ монашествующихъ и т. п. За эти нарушенія монастыри могутъ быть подвергнуты штрафу отъ трехъ до трехсотъ рублей, но не иначе, какъ по постановленію мин. внут. дѣлъ, состоявшемуся по заключенію мѣстнаго губернатора и по истребованіи мнѣнія мѣстнаго епископа. Размѣръ и постепенность взысканій, сообразно важности нарушенія правилъ, предоставляется усмотрѣнію министра внутреннихъ дѣлъ; штрафы взыскиваются путемъ вычета изъ штатныхъ окладовъ и денежныхъ пособій, ежегодно выдаваемыхъ изъ казны монастырямъ, и обращаются въ распоряженіе мин. народ. просвѣщенія для усиленія средствъ начальныхъ училищъ. При этомъ законъ добавляетъ (ст. 233), что за болѣе важные проступки и преступленія, лично или сообща учиненные, монашествующія лица подвергаются уголовному суду.

1) Много примѣровъ такой отвѣтственности изъ средневѣковой и даже римской исторіи приведено въ монографіи Местра. Самъ авторъ именно на случаяхъ этого рода основываетъ свою защиту уголовной отвѣтственности юридическихъ лицъ. На этой же почвѣ стоитъ Prins, Science № 197 и сл., хотя относится къ вопросу уклончиво.

2) Особенный случай этого рода предусмотрѣнъ 75 ст. воинск. уст. о нак., на основаніи которой въ случаѣ учиненія преступнаго дѣянія цѣлою командою или частію оной, можетъ быть опредѣлено, кромѣ личнаго наказанія виновныхъ, по особому Высочайшему повелѣнію, и лишеніе отличій, пожалованныхъ командѣ или части оной, а также уничтоженіе ея состава размѣщеніемъ нижнихъ чиновъ въ другія войска и увольненіемъ офицеровъ отъ службы или также размѣщеніемъ въ другія войска.

личность и ея права, стремясь освободить ее отъ гнета патримоніальныхъ, сословныхъ, корпоративныхъ, промышленныхъ, религіозныхъ, семейныхъ и другихъ единеній, поглощавшихъ или ограничивавшихъ личность, пришла къ отрицанію жизненнаго значенія и самобытности всѣхъ этихъ органическихъ союзовъ, видя въ нихъ только созданія государства, существующія по волѣ и въ предѣлахъ воли государства, которое не только упорядочиваетъ и надзираетъ за ихъ дѣятельностью, но и опредѣляетъ ея предѣлы [1]); эти политическою революціею выдвинутые принципы нашли подкрѣпленіе и опору въ исторически хотя и не точномъ ученіи Савиньи о конструкціи persona juridica по римскому праву, сразу получившемъ непререкаемый авторитетъ и въ Германіи и во Франціи, въ послѣдней даже сильнѣе, чѣмъ въ первой, а это привело юристовъ къ господствующему нынѣ ученію о природѣ юридическихъ лицъ, о ихъ право и дѣеспособности, и о юридической неспособности ихъ къ учиненію преступныхъ дѣяній.

Между тѣмъ, говоритъ Местръ, XIX вѣкъ, въ противоположность XVIII-му, во второй своей половинѣ выдвинулъ на первый планъ начало кооперативное, начало взаимопомощи и взаимоограниченія, какъ начало бытія и развитія человѣка. Союзы, синдикаты, общества, группы, растутъ и множатся, постепенно завоевывая права и расширяя свою дѣятельность, и притомъ самою борьбою съ государствомъ доказывая, что они не формальныя созданія государства, не фикціи, а существа реальныя, существующія отдѣльно отъ составляющихъ ихъ индивидуумовъ, полные жизни и дѣятельности, и этотъ неоспоримый фактъ долженъ былъ съ необходимостью повести къ пересмотру ученія о юридическихъ лицахъ и въ частности ученія объ уголовной отвѣтственности этихъ лицъ. Какъ на знамени новорожденнаго XIX-го вѣка были начертаны droits de l'homme, такъ на знамени XX-го вѣка должны быть написаны droits d'associations. И вотъ, опираясь въ исторической части на труды германистовъ, въ особенности Гирке, и на критическія по отношенію къ теоріи Савиньи работы романистовъ—Момзена, Виндшейда, Унгера, и примыкая по экономически-соціальнымъ воззрѣніямъ къ коллективистамъ и эволюціонистамъ [2]), Местръ идетъ несравненно далѣе ученій другихъ новѣйшихъ сторонниковъ уголовной отвѣтственности лицъ юридическихъ. Современная жизнь, говоритъ авторъ (Introduction, § 2) не только свидѣтельствуетъ о детерминирующемъ вліяніи среды на учиненіе отдѣльныхъ преступленій, но и на наличность, все болѣе и болѣе растущихъ, коллективныхъ преступленій, которыя могутъ быть поставлены въ вину не отдѣльнымъ лицамъ, а всему цѣлому.

Для всякой уголовной отвѣтственности необходимы два условія: чтобы виновный могъ желать учинить преступное дѣяніе и чтобы онъ могъ учинить таковое: оба условія существуютъ и для дѣяній коллективныхъ лицъ (стр. 135).

Всякое единеніе обладаетъ особою волею, отличною отъ воль состав-

---

[1]) Mirabeau въ преніяхъ о правахъ духовенства: les corps n'ont aucun droit réel de leur nature, puisqu'ils n'ont même pas de nature propre, Mestre, стр. 128, пр. 1.

[2]) Въ особенности Haurion, Leçons sur le mouvement social. 1899 года.

ляющихъ его индивидуумовъ тѣмъ, что она направляется на цѣли болѣе общія, не имѣющія того личнаго, эгоистическаго характера, который опредѣляетъ волю отдѣльныхъ лицъ, и на болѣе отдаленныя и длящіяся, чѣмъ ограниченныя человѣческою жизнію индивидуальныя стремленія. Единеніе будитъ уснувшую энергію человѣка, даетъ ему сознаніе общей силы, почему коллективная воля становится и болѣе интенсивною и болѣе возвышенною. Эта воля можетъ рости, видоизмѣняться въ своемъ направленіи; несомнѣнно, ничто не мѣшаетъ ей быть направленной и на дѣйствія, воспрещенныя закономъ уголовнымъ.

Эта воля выражается въ дѣйствіяхъ органовъ юридическаго лица, все равно, будутъ-ли это органы, выражающіе его волю (общее собраніе, совѣтъ, иногда правленіе), или органы, осуществляющіе волю (директоръ, распорядитель, завѣдывающій дѣлами), но не въ дѣйствіяхъ уполномоченныхъ или агентовъ,—которые не могутъ, по мнѣнію Местра (стр. 253), разсматриваться, какъ выразители воли коллективной. При этомъ, конечно, для того, чтобы юридическое лицо считалось виновникомъ, необходимо, чтобы органъ выражалъ дѣйствительную волю общества и чтобы онъ не выходилъ изъ предѣловъ своей компетентности.

Но юридическое лицо можетъ являться не только виновникомъ, но и соучастникомъ преступныхъ дѣяній (complices), выполненныхъ не его органами, а всякимъ другимъ лицомъ (въ томъ числѣ и его уполномоченными), какъ скоро коллективная воля выразилась въ подговорѣ или въ оказаніи содѣйствія преступнымъ дѣйствіямъ такого лица.

Особенность лицъ юридическихъ, ихъ нематеріальная природа, создаетъ одно только ограниченіе преступности: невозможность совершенія ими нѣкоторыхъ преступленій, но такое ограниченіе не устраняетъ отвѣтственности за возможное; такъ же, какъ не полная, по объему, отвѣтственность лицъ физическихъ не дѣлаетъ ихъ вообще безнаказанными.

По отношенію къ отвѣтственности, Местръ идетъ даже далѣе германистовъ, и въ особенности Гирке, такъ какъ, разбирая указанія на несправедливость наказанія, при установленіи отвѣтственности за коллективную вину, тѣхъ членовъ корпораціи, которые непосредственно не участвовали въ рѣшеніи или высказывались противъ таковаго, Местръ устраняетъ это возраженіе довольно оригинально: допуская, что тѣ члены корпораціи, которые рѣшали или выполняли рѣшенія, будутъ подлежать наказанію какъ за коллективную, такъ и за ихъ личную вину, а прочіе только за коллективную вину; причемъ Местръ для успокоенія послѣднихъ говоритъ, что въ этихъ случаяхъ они несутъ не наказаніе, а послѣдствіе таковаго.

Изъ наказаній къ юридическимъ лицамъ, по мнѣнію Местра, могутъ быть примѣняемы: смертная казнь, т. е. прекращеніе существованія, роспускъ, закрытіе; изъ лишеній свободы — изгнаніе, высылка, запрещеніе пребыванія въ извѣстныхъ мѣстностяхъ; изъ лишеній правъ—лишеніе тѣхъ правъ, которыя имъ были предоставлены, напр., лишеніе права участвовать въ выборахъ, быть наслѣдникомъ, получать имущества на основаніи даренія (стр. 286) и, наконецъ, всѣ имущественныя правопораженія.

Такова эта, несомнѣнно любопытная, теорія; но какъ я уже сказалъ,

едва ли и она можетъ разсчитывать на теоретическій и въ особенности на практическій успѣхъ.

Существованіе коллективной вины, въ смыслѣ единенія виновности нѣсколькихъ единичныхъ лицъ и коллективной отвѣтственности каждаго изъ совиновниковъ за все учиненное, не будетъ отрицать почти ни одинъ изъ криминалистовъ, ибо изслѣдованіе этой формы виновности и составляетъ предметъ ученія о соучастіи. Но такое единеніе развѣ въ исключительныхъ случаяхъ можетъ быть отождествляемо съ юридическимъ лицомъ, а тѣмъ болѣе со всякимъ юридическимъ лицомъ; его даже, какъ мы увидимъ впослѣдствіи, нельзя распространять на единенія, всецѣло объемлющія личность—единенія религіозныя, соціальныя, экономическія, не входящія въ понятіе юридическаго лица въ тѣсномъ смыслѣ. Принадлежность къ такому воспрещенному единенію можетъ влечь отвѣтственность за самую принадлежность, а не за отдѣльный актъ, такимъ единеніемъ учиненный. Каждый скопецъ можетъ отвѣчать за принадлежность къ скопчеству, но за оскопленіе кого либо отвѣчаетъ только оскопившій; принадлежащіе къ анархической или террористической партіи, гдѣ таковая признается нетерпимою, отвѣчаютъ, и весьма сильно, за принадлежность къ ней, но если извѣстная ихъ группа учинила взрывъ арсенала, цареубійство, и т. п., то усиленную отвѣтственность за это дѣяніе нельзя примѣнять ко всѣмъ террористамъ, настоящимъ и будущимъ, у которыхъ не существовало воли, въ чемъ либо выраженной, хотя бы въ одномъ соглашеніи, на таковое дѣяніе. А что будетъ, если перенести это положеніе на единенія не воспрещенныя? Кто либо изъ раскольниковъ оказался виновнымъ въ совращеніи,—можно ли *юридически* допустить привлеченіе къ отвѣтственности всѣхъ его единовѣрцевъ? Такое единеніе, не обращаясь въ соучастіе, не можетъ быть субъектомъ коллективной вины. Но столь же примѣнимы всѣ эти соображенія къ единеніямъ, существующимъ для достиженія опредѣленной цѣли, которымъ государство придало юридическій характеръ. Местръ отрицаетъ, за трудностью различенія, общепринятое раздѣленіе юридическихъ лицъ на виды, но всѣ его разсужденія относятся, очевидно, къ universitates personarum, но и для нихъ они мало убѣдительны. Воля коллективнаго лица выражается въ постановленіи его членовъ, но это постановленіе воли не есть выраженіе воли всѣхъ его членовъ, даже, по большей части, воли ихъ большинства. Для дѣйствительности собранія нужна, положимъ, наличность $^1/_3$ всѣхъ членовъ, а для дѣйствительности постановленія—простое большинство, и вотъ воля общества въ 900 членовъ выразится въ постановленіи большинства 151 члена (составленнаго притомъ, можетъ быть, путемъ подтасовки, раздачи акцій); меньшинство присутствовавшее подчиняется по формальнымъ основаніямъ; большинство неявившееся считается подчинившимся на основаніи предполагаемаго согласія на всякое постановленіе. Но такое согласіе можетъ предполагаться только по отношенію къ тому, что могло быть предметомъ обсужденія по уставу общества и въ предѣлахъ устава, а не можетъ распространяться на все, что вздумается заправиламъ, а можетъ быть и одному мощному властителю союза. А что же сказать о значеніи для всего единенія воли и дѣйствій—избранныхъ обществомъ делегацій—совѣта или правленія? какъ поставить противозаконно учиненное ими на счетъ и отвѣтственность

всего общества? Местръ утѣшаетъ членовъ тѣмъ, что реально виновные понесутъ двойное наказаніе, а остальные будутъ страдать лишь отъ послѣдствій наказанія. Но эти послѣдствія заключаются въ лишеніи *меня моего* имущества, вложеннаго въ предпріятіе, въ прекращеніи возможности необходимой, полезной или пріятной дѣятельности, ради которой я сдѣлался членомъ даннаго союза. Нежизненность всего построенія выступитъ еще сильнѣе, если мы обратимся къ указаннымъ Местромъ коллективнымъ карательнымъ мѣрамъ. Можно ли примѣнить ихъ ко всякому юридическому единенію, даже личнаго характера? Конечно, нѣтъ! Местръ постоянно говоритъ о виновности и отвѣтственности городовъ, общинъ. Но можно ли, напр., за вину избранныхъ отцовъ города, засѣдающихъ въ думѣ—уничтожить, стереть съ лица земли хотя бы, напр., городъ Москву или Петербургъ, подвергнуть изгнанію всѣхъ его обывателей, пользующихся избирательнымъ правомъ, лишить городъ права принимать пожертвованія на его благотворительныя учрежденія, продать, при несостоятельности къ уплатѣ наложеннаго штрафа, его галлереи, сооруженія, даже хотя бы городскіе выгоны? Едва ли на это рискнутъ и юристы XX-го вѣка. Очевидно, что не отрицая ни историческихъ указаній Местра, ни его соображеній о значеніи дѣятельности ассоціацій и союзовъ въ современномъ государственномъ строѣ,—нельзя на этихъ основаніяхъ отказаться ни отъ ученія объ *юридическихъ* лицахъ, какъ о юридической фикціи, ни тѣмъ болѣе отъ принципа ихъ уголовной безотвѣтственности. Установленіе таковой было бы отрицаніемъ основныхъ началъ уголовной наказуемости и замѣною ея полицейскими мѣрами охраны порядка и спокойствія. Местръ (conclusion) видитъ въ коллективной отвѣтственности гарантію свободы ассоціацій противъ произвола административныхъ взысканій, но очевидно, что коррективъ таковыхъ нужно искать въ установленіи правилъ закономѣрной дѣятельности послѣднихъ.

Но если нельзя говорить объ уголовной отвѣтственности отдѣльныхъ единеній, то тѣмъ менѣе возможно юристу говорить объ отвѣтственности крупныхъ политическихъ единеній, цѣлаго народа, какъ указываютъ Бернеръ, В. Спасовичъ (учебникъ, стр. 113). Послѣдній по этому поводу даже замѣчаетъ, что «въ этихъ случаяхъ санкція нравственная неминуема, какъ законъ природы; она состоитъ въ томъ, что и для народовъ всякая несправедливость влечетъ рядъ страданій, горестей и болѣзней». Но очевидно, что здѣсь нѣтъ рѣчи о наказаніи и о карательной дѣятельности: мы распяли и неуклонно распинаемъ добро и истину; кровь «вземлющаго грѣхи міра» на насъ и на дѣтяхъ нашихъ и *это* вина и отвѣтственность всего человѣчества, но и о виновности и объ отвѣтственности въ юридическомъ смыслѣ въ подобныхъ случаяхъ можно говорить только въ смыслѣ уподобленія, а не тождества [1]).

Принципъ уголовной безотвѣтственности лицъ юридическихъ признается, за малыми исключеніями [2]), всѣми новыми законодательствами, причемъ нынѣ это начало какъ бы подразумѣвается само собою, между тѣмъ

---

1) Нельзя не замѣтить, что даже и Mestre не распространяетъ своихъ выводовъ на государство, какъ юридическое лицо.

2) Такъ, допускаетъ отвѣтственность юридическихъ лицъ англо-американское право. Ср. H. Meyer, § 21, пр. 7.

какъ прежніе кодексы считали необходимымъ особо упомянуть объ этомъ (баварское уложеніе 1813 г., § 49; ганноверское, § 56; гессенъ-дармштадтское, § 44) [1].

Въ нашемъ правѣ вопросъ объ отвѣтственности юридическихъ лицъ былъ принципіально поставленъ только при изданіи уложенія 1845 г. Въ матеріалахъ по составленію уложенія, по этому поводу было высказано: «въ уложеніи нельзя допускать такихъ законоположеній, кои, не представляя практической пользы, удовлетворяли бы одной логической полнотѣ: кодексъ— не учебная книга; простой смыслъ каждому скажетъ, что преступленіе не можетъ быть наказываемо, если не будетъ лица, коимъ оно совершено, и всякое выраженіе о существованіи субъекта преступленія было бы излишне, въ томъ числѣ и разрѣшеніе вопроса, могутъ ли нравственныя лица, напр., общество сдѣлать цѣлымъ своимъ составомъ преступленіе? Само собою разумѣется, что сіе было бы возможно только тогда, когда бы всѣ до одного члены сего общества, по единогласному намѣренію, нарушили законъ; но тогда каждый самъ по себѣ понесъ бы наказаніе, опредѣленное сообщникамъ, и нѣтъ никакого повода включать въ проектъ уложенія особое правило о нарушеніяхъ законовъ, цѣлыми обществами сдѣланныхъ».

Соотвѣтственныя постановленія мы находимъ въ различныхъ томахъ свода законовъ: такъ, ст. 100 и 101 т. IX постановляютъ, что собраніе дворянское ни по какому дѣлу не можетъ быть потребовано къ суду и не можетъ быть заключено подъ стражу; по ст. 1424 уложенія о наказ. (по редакціи трехъ первыхъ его изданій), въ случаѣ составленія дворянскими собраніями какого либо положенія, противнаго законамъ, наказаніе налагалось не на все собраніе, а только на тѣхъ изъ дворянъ, которые присутствовали въ собраніи и подписали постановленіе.

Однако, въ уложеніи о наказ. 1845 г. не было послѣдовательно проведено это начало и въ немъ, въ особенности въ первыхъ его изданіяхъ [2], встрѣчалось нѣсколько постановленій, на основаніи коихъ взысканія, имѣющія несомнѣнно уголовный характеръ, налагались на лицъ юридическихъ. По послѣднему изданію уложенія (1885 г.) сюда могли быть относимы: ст. 530, на основаніи коей съ еврейскаго общества, въ которомъ укрылся военный бѣглецъ изъ евреевъ, взыскивалось не свыше трехсотъ рублей съ каждаго, и ст. 985, облагавшая общества денежнымъ взысканіемъ за вторичный отпускъ лицъ, которыя не могутъ снискивать пропитанія, буде эти лица будутъ затѣмъ изобличены въ прошеніи милостыни. Дѣйствующее уложеніе не упоминаетъ о случаяхъ этого рода.

Это начало безнаказанности лицъ юридическихъ усвоено и нашею практикою, хотя и не безъ нѣкотораго колебанія. Такъ, въ рѣшеніи 1884 г.,

---

[1]) Относительно признанія этого начала въ новѣйшей практикѣ западно-европейскихъ государствъ можно найти указанія: для нѣмецкой у Oppenhoff, Commentar, § 47, пр. 8, Olshausen, § 47 пр. 20; для французской, у Garraud, № 60; для бельгійской—у Haus, № 257 и сл., Thiry, № 71, Mestre, стр. 228; принципіальное рѣшеніе, признавшее безотвѣтственность лицъ юридическихъ 10 Марта 1877; тоже подтверждено рѣшеніями 17 Дек. 1891 г. и 6 Апр. 1894 г.; Бланшъ, Фостенъ-Эли, опираясь на прежнія рѣшенія кассаціоннаго суда, утверждали, что практика допускаетъ присужденіе юридическихъ лицъ къ штрафу.

[2]) Ср. мой курсъ, I, стр. 8; Спасовичъ, учебникъ, стр. 398.

№ 4, по дѣлу россійскаго общества транспортированія кладей, уголовный кассаціонный департаментъ Сената высказалъ, что лицо юридическое не можетъ подлежать уголовному преслѣдованію за преступныя дѣянія входящихъ въ составъ онаго лицъ или его агентовъ, которые въ порядкѣ уголовномъ отвѣчаютъ каждый только за себя. То же подтверждено въ рѣшеніи 1885 г. № 28 по дѣлу таганрогской таможни, а въ особенности въ 1896 г. № 17 по дѣлу директоровъ ревельскаго общества морскихъ купаній, Гиппенера и Ризенкампфа, обвиняемыхъ въ нарушеніи санитарныхъ и пожарныхъ правилъ, въ находящемся въ ихъ завѣдываніи курзалѣ. Повторяя и въ этомъ рѣшеніи общее положеніе объ отвѣтственности агентовъ общества, а не самого общества, какъ юридическаго лица, Сенатъ вошелъ въ разсмотрѣніе условій и порядка привлеченія представителей общества, буде таковыхъ нѣсколько, и указалъ, что «если проступокъ, совершенный представителями юридическаго общества или его агентами, заключается въ учиненіи какого-либо дѣянія, воспрещеннаго закономъ подъ страхомъ наказанія, то отвѣчаютъ за него всѣ тѣ лица, которыя приняли участіе въ его совершеніи, по общимъ правиламъ о соучастіи; если-же нарушеніе заключалось въ неисполненіи какихъ либо возложенныхъ на юридическое лицо общихъ или особенныхъ обязанностей, то за сіе отвѣчаютъ всѣ члены правленія или вообще всѣ лица, завѣдующія дѣлами онаго въ совокупности. Конечно, если по уставу даннаго общества завѣдываніе его дѣлами раздѣлено между отдѣльными членами управленія, то и отвѣтственность уголовная за неисполненіе, вопреки закону, чего либо, до этой части относящагося, падаетъ на того или на тѣхъ изъ членовъ правленія, въ вѣдѣніи коихъ эта часть находилась. Но, разумѣется, такое ограничительное значеніе можетъ имѣть только распредѣленіе обязанностей между членами въ силу устава общества, а не вслѣдствіе добровольнаго взаимнаго ихъ соглашенія, такъ какъ такого рода частныя соглашенія не могутъ устранять отвѣтственности за неисполненіе обязанностей, закономъ на кого либо возложенныхъ».

97. Итакъ, субъектомъ преступнаго дѣянія можетъ быть лишь физическое лицо, но всякое ли, однако, физическое лицо можетъ быть такимъ виновникомъ? Современное уголовное законодательство всѣхъ цивилизованныхъ народовъ отвѣчаетъ на это отрицательно: ребенокъ, умалишенный, не подлежатъ отвѣтственности за учиненное ими зло, хотя бы то, что они совершили, заключало въ себѣ всѣ признаки дѣянія, запрещеннаго закономъ подъ страхомъ наказанія. Такъ же смотритъ на это и доктрина уголовнаго права, за малыми исключеніями. Дѣеспособность субъекта, какъ условіе осуществленія карательной власти государства, является краеугольнымъ камнемъ всѣхъ теорій, признающихъ основаніемъ наказуемости *виновное* посягательство на правопорядокъ, и при томъ не только тѣхъ, которыя смотрятъ на наказаніе, какъ на отплату за совершенное, но и тѣхъ, которыя видятъ въ немъ проявленіе цѣлесообразной карательной правоохраны, такъ какъ таковая тѣмъ и отличается отъ другихъ видовъ охранительной дѣятельности государства, что она вызывается не только опасною или вредоносною, но именно виновною дѣятельностью субъекта. Мало того, даже представители

теорій, видящихъ въ преступномъ дѣяніи только поводъ, а не основаніе наказуемости, но не принимающіе началъ нецессаріанизма, по отношенію къ человѣческимъ дѣйствіямъ, какъ, напр., проф. Фойницкій, не могутъ устранить изъ ихъ построенія наказуемости идеи вины и вмѣняемости, опасности, и лишь одна группа теорій, не только уподобляющая преступныя дѣянія вредоноснымъ фактамъ окружающей жизни, но отождествляющая ихъ между собою, теорія, видящая въ преступникѣ душевно-больного или прирожденнаго вредотворца, можетъ пытаться выкинуть понятіе вмѣняемости, какъ ненужный балластъ, изъ ученія о преступленіи.

Такимъ образомъ, физическое лицо только тогда, въ смыслѣ юридическомъ, можетъ быть виновникомъ преступленія, когда оно совмѣщаетъ въ себѣ извѣстную сумму біологическихъ условій, обладаетъ, употребляя техническое выраженіе доктрины, способностью ко вмѣненію или вмѣняемостью [1]).

Это положеніе не составляетъ какой либо особенности права уголовнаго; хотя въ нѣсколько иномъ объемѣ и значеніи, но оно встрѣчается и въ другихъ областяхъ права, а въ частности—въ правѣ гражданскомъ.

Признавая, что въ современныхъ гражданскихъ отношеніяхъ всякое физическое лицо имѣетъ способность сдѣлаться субъектомъ юридическихъ отношеній и возникающихъ отсюда правъ и обязанностей (правоспособность), гражданское право имѣетъ въ виду отвлеченное значеніе этихъ отношеній; но, переходя къ вопросу о жизненномъ осуществленіи этихъ отношеній, къ конкретному ихъ бытію, оно, кромѣ правоспособности, требуетъ отъ субъекта и дѣеспособности, по крайней мѣрѣ, во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ дѣло идетъ не о пассивной сторонѣ права, не объ охранѣ его, а объ активной, о проявленіи лица въ правоотношеніяхъ, о самостоятельномъ участіи его въ юридическихъ дѣйствіяхъ: недѣеспособный можетъ являться субъектомъ реальныхъ юридическихъ отношеній только черезъ представителя [2]).

---

1) Указанія на литературу до 1874 г. въ моемъ курсѣ, I, № 15; изъ монографій можно назвать: Berner, Grundzüge der kriminalistischen Imputationslehre, 1843; v. Rönne, Die kriminalistische Zurechnungsfähigkeit, 1870; Wahlberg, Grundzüge der strafrechtlichen Zurechnungslehre, въ его Gesammelte Schriften, I, 1875 г.; Binding, Die Normen und ihre Übertretung, II; Göring, Ueber die menschliche Freiheit und Zurechnungsfähigkeit, 1876; Hoppe, Die Zurechnungsfähigkeit, 1877; F. Bruck, Zur Lehre von der criminalistischen Zurechnungsfähigkeit, 1878 г.; T. Hrehorowicz, Grundbegriffe des Strafrechts, 2 изд. 1882 г.; Ianka, Die Grundlagen des Strafschulds, 1885; Georg Glaser, Zurechnungsfähigkeit, Willensfreiheit, Gewissen und Strafe, 1888; Pfenninger, Grenzbestimmungen zur kriminalistischen Imputationstlehre, 1892; Liszt, Die Strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit, L.Z.XVII, стр. 70; въ особенности Gretener, Die Zurechnungsfähigkeit als Gesetzgebungsfrage, 1897, дополненіе 1899; Horn, Zurechnungsfähigkeit und bürgerliche Freiheit G. LVIII, стр. 208; изъ французскихъ сочиненій по общей постановкѣ вопроса о вмѣняемости и отвѣтственности: Levy-Brühl, L'idée de réspon-sabilité, 1884; A. Fouillée, La liberté et le détrminisme 4 изд. 1895; Hamon, Déterminisme et responsabilite, 1898; M. Fabreguettes, De la responsabilité des criminels, 1892; D'Allemagne, La volonté dans ses rapports avec la responsabilité pénale, 1898; также приведенныя выше работы Vidal, Proal; изъ русскихъ—Власьевъ, О вмѣненіи, по началамъ теоріи и древняго права, 1860; Н. Гротъ, О нравственной отвѣтственности и юридической вмѣняемости, 1885; Н. Полетаевъ, Объ основаніяхъ вмѣненія по началамъ положительной философіи, 1890; нѣкоторыя монографіи по спеціальнымъ вопросамъ ученія о вмѣняемости будутъ указаны далѣе.

2) Beseler, System des gemeinen deutschen Privatrechts, 3 изд., 1873 г., I, § 56, говоритъ: «дѣеспособность заключается въ способности принимать самостоятельное участіе въ юридическихъ

Понятіе о вмѣняемости есть разновидность понятія о дѣеспособности [1]), играющее, однако, въ уголовномъ правѣ бо́льшую роль на томъ основаніи, что всякое преступное дѣяніе есть конкретное юридическое отношеніе, порождающее права и обязанности, а потому его субъектомъ можетъ быть только лицо, способное проявлять себя въ реальныхъ явленіяхъ жизни. Для цивилиста понятіе дѣеспособности служитъ раздѣлительною чертою юридическихъ дѣйствій, совершаемыхъ правоспособнымъ субъектомъ или непосредственно, или черезъ представителей; для криминалиста вмѣняемость есть признакъ, обусловливающій наказуемость дѣянія, учиненнаго физическимъ лицомъ, признакъ, отъ коего зависитъ признаніе дѣянія уголовно-наказуемымъ, а потому понятно, что ученіе о вмѣняемости составляетъ одинъ изъ основныхъ вопросовъ теоріи уголовнаго права [2]).

98. Какъ право гражданское, такъ и право уголовное, выходятъ изъ того, основаннаго на сущности человѣческой природы, положенія, что всякое физическое лицо не только предполагается правоспособнымъ, но и дѣеспособнымъ, что только, благодаря какимъ либо особеннымъ физіологическимъ или патологическимъ условіямъ, отдѣльная личность оказывается не имѣющею или утратившею эту способность дѣйствовать самостоятельно въ области юридическихъ отношеній, уголовно отвѣтствовать за учиненное. Поэтому, какъ наука права, а въ частности права уголовнаго, такъ и законодательства сосредоточиваютъ свое вниманіе на отрицательной сторонѣ вопроса, на опредѣленіи условій и признаковъ невмѣняемости, на установленіи и опредѣленіи тѣхъ различныхъ состояній и видоизмѣненій человѣческаго организма, при которыхъ человѣкъ утрачиваетъ способность ко вмѣненію, предоставляя анализъ этой способности, какъ извѣстнаго элемента психической организаціи человѣка, наукамъ біологическимъ.

Но и постановка вопроса объ условіяхъ невмѣняемости представляетъ существенно различные типы въ законодательствахъ [3]).

Наиболѣе практичнымъ казался бы простой перечень въ законѣ конкретныхъ условій, устраняющихъ вмѣняемость, а въ наукѣ уголовнаго права—анализъ этихъ отдѣльныхъ состояній, такъ какъ тогда практикѣ давались бы твердыя основанія для руководства въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ. Такой системы дѣйствительно и держится старѣйшій изъ европейскихъ кодексовъ—французскій, называя въ законѣ два условія невмѣняемости: малолѣтство и помѣшательство—démence; подобный же перечень даетъ бель-

---

дѣйствіяхъ; правоспособность—право имѣть и пріобрѣтать права»; Brinz, Pandekten, § 18: «Rechtsfähigkeit означаетъ, что субъектъ имѣетъ или можетъ имѣть права—юридическая дѣеспособность; Handlungsfähigkeit,—что человѣкъ пріобрѣтаетъ или можетъ пріобрѣтать права—естественная дѣеспособность». К. Кавелинъ, Права и обязанности, стр. 8: правоспособность—способность имѣть права и обязанности; дѣеспособность—способность самому, лично, располагать правами и исполнять обязанности.

1) Binding въ Grundriss, 1897; § 37 прим. 1, говоритъ тоже: «die Delictsfähigkeit ist ein Zweig Handlungsfähigkeit».

2) Прекрасное изложеніе общаго ученія о вмѣняемости даетъ Gretener, Zurechnungsfähigkeit, 1897.

3) Подробный обзоръ у Гретенера, в. с., стр. 17 и сл.

гійское уложеніе 1867 г., добавляющее только къ числу условій невмѣняемости и глухонѣмоту. Эта же система была усвоена и составителями нашего уложенія о наказаніяхъ 1845 г., которые въ ст. 92 [1]) дали подробный перечень состояній, исключающихъ способность ко вмѣненію, относя сюда: дѣтство до 7-ми лѣтъ, безуміе отъ рожденія, сумасшествіе, болѣзнь, доводящую до умоизступленія и безпамятства, одряхлѣніе, лунатизмъ, глухонѣмоту. Этотъ перечень осложнялся еще тѣмъ, что въ той же статьѣ 92 законъ упоминалъ кромѣ того о причинахъ, устраняющихъ виновность безотносительно къ вмѣняемости: случайность причиненнаго вреда, ошибка; и о причинахъ, устраняющихъ преступность дѣянія: необходимая оборона, крайняя необходимость [2]).

Но, несмотря на свою простоту, система конкретнаго и ограничительнаго перечня причинъ, устраняющихъ вмѣняемость, вызываетъ серьезныя возраженія. Во-1-хъ, при подобномъ перечнѣ легко могутъ быть опущены отдѣльныя ненормальныя психическія состоянія, устраняющія вмѣняемость; такъ, напр., уложеніе о нак. вовсе не упоминало о снѣ и просонкахъ, какъ условіи невмѣняемости; во 2-хъ, пытаясь точно формулировать отдѣльныя ненормальныя психическія состоянія, при томъ, далеко несовершенномъ, состояніи, въ какомъ находятся и нынѣ науки о здоровой и больной душѣ—психологія и психіатрія, законодатель можетъ употребить такіе термины, которые крайне затруднятъ подведеніе подъ законъ отдѣльныхъ жизненныхъ случаевъ невмѣняемости. Любопытнымъ примѣромъ въ этомъ отношеніи является толкованіе термина «démence» во французской литературѣ. Между тѣмъ какъ одни писатели, преимущественно цивилисты, понимаютъ его въ ограниченномъ значеніи «извращенія мыслительной дѣятельности», криминалисты (F. Hélie, Ortolan, Lainé, A. Garraud), а равно и практика французскаго кассаціоннаго суда, придаютъ ему болѣе широкое значеніе всякаго разстройства психической дѣятельности, безотносительно къ его наименованію и научной классификаціи, такъ что подводятъ подъ этотъ терминъ и идіотизмъ, и сумасшествіе, манію съ-бредомъ и безъ бреда, однопредметное помѣшательство. Хотя, тѣмъ не менѣе, какъ замѣчаетъ Ф. Эли, и при распространительномъ толкованіи этого термина, объемъ его является все-таки ограниченнымъ, такъ какъ «démence» предполагаетъ болѣзненное психическое разстройство, такъ что и съ натяжками подъ него нельзя подводить состоянія безпамятства или безсознательности, вызванныя опьяненіемъ, сномъ или просонками или даже лунатизмомъ [3]); въ этихъ случаяхъ для французскаго суда

---

[1]) Еще неудачнѣе въ этомъ отношеніи была система, усвоенная уставомъ о наказаніяхъ, такъ какъ перечисленіе въ немъ причинъ невмѣняемости, сдѣланное въ ст. 10, представлялось, даже сравнительно съ уложеніемъ о наказ. крайне неполнымъ.

[2]) Эти условія будутъ разсмотрѣны далѣе, при изложеніи ученій объ объектѣ преступленія и о виновности; нельзя, однако, не замѣтить, что различіе между всѣми этими условіями имѣетъ не только теоретическое, но и практическое значеніе, что обнаруживается особенно въ ученіи о соучастіи: невмѣняемость одного изъ соучастниковъ не освобождаетъ отъ отвѣтственности другихъ соучастниковъ, но признаніе судомъ, что данное преступное дѣяніе учинено въ состояніи обороны, освобождаетъ отъ отвѣтственности всѣхъ лицъ, принимавшихъ участіе въ этомъ дѣяніи.

[3]) Dalloz, art. 64, № 145, подводитъ, впрочемъ, и лунатизмъ подъ «démence».

представляется единственная возможность справедливаго приговора въ обходѣ закона, т. е. въ отрицаніи самаго бытія преступнаго дѣянія.

Значительный шагъ впередъ представляетъ въ этомъ отношеніи установленіе для различныхъ состояній невмѣняемости обобщенныхъ формулъ, могущихъ обнять разнообразные конкретные случаи невмѣняемости. Такъ, германскій кодексъ 1872 г., рядомъ съ глухонѣмотою и малолѣтствомъ, говоритъ общимъ образомъ (§ 57): 1) о состояніи безсознательности, объемлющемъ, какъ объясняютъ мотивы, всѣ формы прекращенія или разстройства психической дѣятельности, непереходящія въ душевную болѣзнь, и 2) о болѣзненномъ разстройствѣ душевной дѣятельности; совершенно аналогичную систему усвоилъ венгерскій кодексъ 1880 г. (§§ 76, 83 и 88), а кодексъ голландскій 1881 г., кромѣ малолѣтства, упоминаетъ о недостаточномъ развитіи и о болѣзненномъ разстройствѣ умственныхъ способностей.

Этотъ же пріемъ усвоенъ и дѣйствующимъ уголовнымъ уложеніемъ, которое, независимо отъ малолѣтства, упоминаетъ о трехъ типахъ ненормальнаго психическаго состоянія: объ умственной неразвитости, о болѣзненномъ разстройствѣ душевной дѣятельности и о безсознательномъ состояніи.

Обобщенная система значительно облегчаетъ практикѣ подведеніе отдѣльныхъ случаевъ невмѣняемости подъ категоріи, установленныя закономъ; но эта система легко можетъ создать другую, не менѣе важную, опасность, а именно полный произволъ судебныхъ рѣшеній, можетъ обратить установленіе основаній виновности или невиновности и зависящей отъ этого уголовной отвѣтственности учинившаго за болѣе или менѣе тяжкое посягательство на правоохраненный интересъ, въ клиническій діагнозъ психическаго или даже и физическаго здоровья даннаго субъекта. Но уголовный судъ не психіатрическая клиника или амбулаторія, а институтъ, призванный къ охранѣ интересовъ личныхъ, общественныхъ и государственныхъ. Вопросъ о вмѣняемости не есть вопросъ медицины, а вопросъ права. Такія общія формулы, какъ недостаточность умственнаго развитія, болѣзненное разстройство душевной дѣятельности и т. д., такъ растяжимы, такъ общи, что имъ можетъ быть придаваемъ весьма разнообразный объемъ; при этомъ не надо забывать, что разрѣшеніе вопроса о наличности условій вмѣняемости, какъ по существу своему, такъ и по началамъ процесса, требуетъ участія врача психіатра, его экспертиза должна быть положена въ основу судейскаго приговора о вмѣненіи или невмѣненіи учиненнаго обвиняемому, а къ сожалѣнію, у насъ, въ особенности въ провинціи, число лицъ, спеціально занимающихся психіатріею, крайне ограничено, такъ что не трудно предположить, что явившійся на судъ экспертъ не будетъ обладать необходимыми спеціальными свѣдѣніями; сама психіатрія еще только разработывается, клиническія формы психическихъ страданій, ихъ родовыя отличія, даже терминологія совершенно еще не установились; наконецъ, общеизвѣстно стремленіе, нашедшее себѣ выраженіе и въ литературѣ, чрезвычайно расширять понятіе о душевно-больныхъ, видѣть почти въ каждомъ подсудимомъ лицо психически ненормальное, въ каждомъ преступномъ дѣяніи—признакъ психическаго страданія. Понятно, что при этихъ условіяхъ неопредѣленность и расплывчатость признаковъ невмѣ-

няемости не только поставитъ судъ въ весьма сильное затрудненіе при рѣшеніи вопроса объ отвѣтственности лицъ, коихъ психическая сфера представляетъ нѣкоторыя ненормальности, но и подвергнетъ значительной опасности общественное спокойствіе.

Въ силу этого, какъ въ наукѣ, такъ и въ законодательной практикѣ, является стремленіе указать въ формулѣ закона, опредѣляющей условія невмѣняемости, и тѣ основанія, благодаря коимъ эти состоянія устраняютъ отвѣтственность. Несомнѣнно, что причиною безотвѣтственности являются не слабоуміе, манія, глухонѣмота, лунатизмъ, горячка и т. д., а тѣ эффекты, или послѣдствія, которые они вызываютъ въ психической жизни человѣка, въ его мышленіи, въ его волеопредѣляемости; поэтому всего естественнѣе въ формулѣ закона, рядомъ съ условіями невмѣняемости, поставить и психологическій критерій, который положенъ въ ихъ основаніе.

Въ этомъ отношеніи даже кодексы, принявшіе систему перечисленія отдѣльныхъ условій невмѣняемости, указываютъ, въ нѣкоторыхъ своихъ постановленіяхъ [какъ уложеніе о нак. изд. 1885 г., напр., о глухонѣмотѣ (ст. 98), о дѣтствѣ (ст. 94) и о сумасшествіи (ст. 95)], на критерій невмѣняемости, хотя, къ сожалѣнію, въ весьма неопредѣленной и неоднородной формѣ [1]). Точно также сочло необходимымъ внести въ текстъ закона подобный психологическій критерій и большинство новѣйшихъ кодексовъ: германскій, венгерскій, итальянскій, а равно и проекты австрійскій и норвежскій [2]).

Эту же систему приняло наше дѣйствующее уголовное уложеніе [3]).

Формула невмѣняемости имѣетъ въ виду не медицинскую сторону признаковъ, характеризующихъ ненормальныя психическія состоянія человѣческаго организма, а юридическую; имѣетъ въ виду указанія такихъ ненормальныхъ состояній, въ силу коихъ учиненное даннымъ лицомъ нарушеніе закона не вмѣняется ему въ вину и оно не подлежитъ за него уголовной отвѣтственности. Кромѣ того, не надо забывать, что въ прямомъ соотвѣтствіи съ признаніемъ даннаго лица безотвѣтственнымъ за учиненное имъ стоитъ рядъ возможныхъ измѣненій въ сферѣ его имущественныхъ правъ, ограниченіе его въ распоряженіи имуществомъ, недѣйствительность заключенныхъ имъ сдѣлокъ; далѣе, признаніе даннаго субъекта душевно-больнымъ можетъ повлечь за собою принятіе разнаго рода полицейскихъ охранительныхъ мѣръ по отношенію къ его личности, можетъ повлечь рядъ измѣненій въ его государственно-служебномъ или общественномъ положеніи, такъ какъ лицо, без-

---

1) Такъ по уложенію 1885 г.: «не имѣющія достаточнаго о своихъ дѣяніяхъ понятія»; (ст. 94); «не имѣвшій понятія о противозаконности и о самомъ свойствѣ своего дѣянія» (ст. 95); «не получившій никакого понятія объ обязанностяхъ и законѣ» (ст. 98).

2) Изъ новыхъ законодательныхъ работъ только проектъ швейцарскаго кодекса не даетъ никакого критерія, а довольствуется такимъ практически несостоятельнымъ положеніемъ: не подлежитъ наказанію тотъ, кто во время учинен я дѣянія былъ умалишенъ (geisteskrank) или безуменъ (blödsinnig) или безсознателенъ (bewusstlos) Ср. по этому поводу вѣскія возраженія у Гретенера, в. с., стр. 22 и сл.; 51 и сл.; онъ указываетъ и неточность принятыхъ терминовъ. По недоразумѣнію, вѣроятно, считаетъ это постановленіе образцовымъ Гогель въ статьѣ о швейцарскомъ проектѣ. Теперь это постановленіе находятъ уже неудачнымъ и Ламмашъ и Листъ; ср. у Гретенера, Replik.

3) За эту систему высказалось и большинство лицъ, разбиравшихъ общую часть проекта уложенія.

отвѣтственное за свои поступки, естественно не можетъ находиться на службѣ государственной или общественной, быть врачемъ или учителемъ и т. п. Въ виду всѣхъ этихъ соображеній, не только отождествленіе всякой ненормальности психическихъ отправленій съ юридическою безотвѣтственностью представляется далеко небезспорнымъ, но умолчаніе въ законѣ о критеріи невмѣняемости можетъ повлечь послѣдствія весьма прискорбныя, какъ по отношенію къ охранѣ общественнаго порядка и спокойствія, такъ и для огражденія личности.

Столь же необходимымъ представляется психологическій критерій и для правильной постановки на судѣ психіатрической экспертизы, такъ какъ, только при установленіи его, экспертиза можетъ служить дѣйствительнымъ основаніемъ для дальнѣйшаго вывода судьи объ уголовной отвѣтственности обвиняемаго: только благодаря этому критерію, на судѣ можетъ установиться взаимное пониманіе врачей и юристовъ. Во всѣхъ состояніяхъ, обусловливающихъ невмѣняемость, существуютъ различныя степени, и безъ такого критерія нельзя установить наличность вмѣняемости въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ; онъ указываетъ тотъ предѣлъ, начиная съ котораго дѣйствіе каждой отдѣльной причины должно считаться обстоятельствомъ, устраняющимъ вмѣняемость [1]).

99. Такимъ образомъ, формула невмѣняемости должна заключать въ себѣ два элемента: психологическій критерій и перечень условій, устраняющихъ вмѣняемость; каждый изъ этихъ элементовъ заслуживаетъ подробнаго разсмотрѣнія [2]).

Останавливаясь прежде всего на психологическомъ критеріи, мы находимъ, что въ кодексахъ и законопроектахъ, введшихъ его въ формулу невмѣняемости, онъ встрѣчается въ двоякой обрисовкѣ: одну изъ нихъ я считалъ бы возможнымъ назвать метафизическою, другую—позитивною.

---

1) При обсужденіи проекта уголов. уложенія многіе высказались противъ включенія психологическаго критерія, напр., большинство С.-Петербургскаго психіатрическаго общества; въ защиту же критерія было предъявлено подробно мотивированное мнѣніе члена общества, Кандинскаго, напечатанное въ его брошюрѣ «Къ вопросу о невмѣняемости», 1890, стр. 7 и сл. Ср. по этому вопросу подробный разборъ у Гретенера, в. с., стр. 33 и сл. Въ замѣчаніяхъ на проектъ было высказано и посредствующее мнѣніе, предлагавшее сохранить критерій только для учинившихъ дѣяніе въ состояніи безсознательности или безпамятства.

2) Въ замѣчаніяхъ на проектъ было высказано, между прочимъ, и такое мнѣніе, что въ законѣ слѣдуетъ сохранить только одинъ психологическій критерій и отбросить перечень состояній невмѣняемости; по поводу этого въ объяснительной запискѣ указано, что хотя такое предложеніе и представляется вполнѣ соотвѣтствующимъ юридической обрисовкѣ вмѣняемости, но осуществленіе его было бы неудобно со стороны процессуальной, и притомъ какъ для судьи, такъ и для эксперта. Судъ лишился бы всякихъ указаній, когда именно онъ долженъ привлечь къ участію въ процессѣ эксперта-психіатра, когда долженъ поставить на разрѣшеніе суда или присяжныхъ вопросъ о невмѣняемости и т. д., а отъ врача-эксперта пришлось бы, вмѣсто научной экспертизы, требовать представленія чисто опытныхъ данныхъ о состояніи психическихъ способностей подсудимаго. Ср. въ объяснительной запискѣ т. I стр. 290 мнѣнія нашихъ психіатровъ петербургскихъ и московскихъ.

Въ первомъ проектѣ германскаго уложенія также предполагалось ввести только одинъ психологическій критерій; но вслѣдствіе сильныхъ возраженій со стороны юристовъ и врачей формула вмѣняемости (§ 51) была пополнена указаніями на причины, ее устраняющія.

Метафизическая обрисовка вноситъ въ опредѣленіе критерія понятіе о свободѣ и несвободѣ человѣческихъ дѣйствій. Такова формула германскаго уложенія (§ 51), которая гласитъ: «дѣяніе не признается преступнымъ, какъ скоро совершившій, во время учиненія дѣянія, находился въ состояніи, исключавшемъ его *свободное волеопредѣленіе* (freie Willensbestimmung)» [1]); то же говоритъ кодексъ венгерскій (§ 36): «дѣяніе не вмѣняется тому.... кто не обладалъ способностью къ *свободному волеопредѣленію*» (libre arbitre во французскомъ переводѣ); наконецъ, близко къ этой формулѣ подходитъ и австрійскій законопроектъ, говоря: «дѣяніе не наказуемо, если учинившій.... не могъ *свободно опредѣлять* свою волю или распознать преступность своего дѣянія».

Позитивная обрисовка основываетъ критерій вмѣняемости на условіяхъ виновности, устраняя изъ него спорный вопросъ о свободѣ человѣческихъ дѣйствій. Такова обрисовка нашего уголовнаго уложенія: «не вмѣняется въ вину преступное дѣяніе, учиненное лицомъ, которое, во время учиненія дѣянія, не могло понимать свойства или значенія имъ совершаемаго, или руководить своими поступками» [2]). Такое же начало усвоено итальянскимъ кодексомъ § 46, признающимъ невмѣняемымъ того, кто находился въ такомъ психическомъ состояніи, при которомъ онъ былъ лишенъ сознанія или свободы своихъ дѣйствій; норвежскій проектъ (§ 44) ставитъ условіемъ: когда лицо не могло понимать сущности дѣянія и его юридическаго значенія или когда оно не могло управлять собою; формула нашего уложенія повторена въ болгарскомъ уложеніи (§ 41).

Въ основаніи метафизической формулы вмѣняемости лежитъ понятіе о свободѣ человѣческой воли, одна изъ важнѣйшихъ проблемъ жизни души, вызывающая вѣковѣчный споръ индетерминизма и детерминизма. Конечно,

---

1) Еще опредѣленнѣе была выражена эта формула въ allgemeines preussisches Landrecht; «кто не можетъ свободно дѣйствовать, тотъ не можетъ совершить преступленія и подлежать наказанію». Schafer, Begründung der Zurechnungsfähigkeit ohne Willensfreiheit L. Z. XVI, стр. 162, приводя объясненія Шварца о томъ, что понимали подъ выраженіемъ «freie Willensbestimmung» при составленіи германскаго уложенія, замѣчаетъ, что они имѣли въ виду собственно не свободу въ метафизическомъ смыслѣ, а наличность психическаго здоровья; но такое указаніе, очевидно, еще болѣе увеличиваетъ неудобство выбраннаго термина.

2) Другую формулу даетъ Liszt, § 15, указывая, что для цѣлесообразнаго примѣненія наказанія достаточно, чтобы наказываемый также ощущалъ наказаніе, какъ и всѣ другіе люди, и чтобы онъ, какъ и всѣ другіе, могъ воспринимать тѣ представленія, которыя должны быть вызываемы угрозою и исполненіемъ наказанія. Такая формула имѣетъ развѣ только значеніе своеобразности, но въ обоихъ своихъ моментахъ совершенно несостоятельна: можно ли признать невмѣняемымъ человѣка, не ощущающаго страданія отъ извѣстнаго наказанія или ощущающаго его иначе, чѣмъ другіе? Какъ поступать съ душевно-больнымъ, способнымъ, однако, понимать значеніе угрозы закона? Способность принимать впечатлѣнія и способность руководиться сознаннымъ не одно и то же. Н. Сергѣевскій, стр. 206, формулируетъ критерій вмѣняемости, какъ способность принимать законъ въ руководство своей дѣятельности; эта способность совмѣщаетъ въ себѣ: 1) способность сознавать совершаемое и его отношенія къ окружающимъ предметамъ и явленіямъ; 2) способность предвидѣть послѣдствія совершаемаго; 3) способность уразумѣвать предписанія закона и сознавать отношеніе совершаемаго къ закону, т. е. запрещенность или дозволенность его по закону; 4) способность принимать вообще всякаго рода, въ словесной формѣ выраженныя, положенія или формулы, въ число реальныхъ мотивовъ своей дѣятельности. Ср. также Janka, Lehrbuch, § 46.

не въ курсѣ уголовнаго права можетъ имѣть мѣсто изложеніе этого спора, оцѣнка доводовъ борющихся сторонъ [1]); но въ то же время нельзя обойти его полнымъ молчаніемъ, такъ какъ отъ усвоенія того или другаго принципа зависитъ не только общая постановка вопроса объ основаніяхъ уголовной отвѣтственности, но даже и характеристика нѣкоторыхъ отдѣльныхъ ученій общей части, какъ, напр., о принужденіи, крайней необходимости, подстрекательствѣ и т. п. [2]).

При этомъ краткомъ изложеніи, нужно имѣть въ виду: во-1-хъ, что самое понятіе о «свободѣ воли» претерпѣвало рядъ измѣненій [3]), и что пониманіе этого термина у современныхъ писателей представляетъ существенное различіе, начиная отъ представленія о свободѣ, какъ о полномъ произволѣ и полной независимости воли отъ какихъ либо предыдущихъ внутреннихъ или внѣшнихъ, и кончая признаніемъ свободными тѣхъ дѣйствій человѣка, которыя хотя и подчиняются закону достаточной причины, но причинность для коихъ полагается внутреннимъ міромъ человѣка, и которыя въ силу того являются продуктомъ самоопредѣляемой воли (такъ называемый обусловленный индетерминизмъ Биндинга); во-2-хъ, что при этомъ очеркѣ имѣется въ виду только вмѣненіе юридическое, и не затрогиваются вмѣненія религіозное и нравственное, и, наконецъ, въ-3-хъ, что оцѣнка той или другой постановки вопроса объ основахъ уголовнаго вмѣненія стоитъ въ прямой связи съ понятіемъ о существѣ и цѣли наказанія: въ этомъ отношеніи, конечно, будетъ существенное различіе во взглядахъ писателей, защищающихъ идею самоцѣльности наказанія, и сторонниковъ такъ называемыхъ теорій полезности.

---

1) Меркель, Lehrbuch, стр. 77, замѣчаетъ: бороться съ индетерминизмомъ не дѣло криминалиста, но его прямая задача освободить изъ его охватывающихъ тисковъ уголовное ученіе о виновности.

2) Болѣе подробно изложенъ вопросъ объ отношеніи детерминизма и индетерминизма къ вопросу о вмѣняемости въ моемъ курсѣ, вып. I, 1874 г. стр. 21—69; обстоятельный разборъ ученія о свободѣ воли, какъ основѣ вмѣняемости, былъ сдѣланъ еще Фейербахомъ, въ его Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, 1799—1800 гг., III, глава 7-я; подробно изложена исторія борьбы детерминизма и индетерминизма у Volkmann, Psychologie, II, стр. 459 и сл.; мнѣніе Листа, § 15, что принятіе теоріи цѣлесообразности наказанія вовсе не зависитъ отъ признанія или отрицанія свободы воли, малоубѣдительно; но другой вопросъ, слѣдуетъ или не слѣдуетъ вводить въ юридическое понятіе о вмѣняемости и отвѣтственности, во всякомъ случаѣ, метафизическое понятіе о свободѣ и несвободѣ человѣческихъ дѣйствій? По моему мнѣнію,такое введеніе теоретически не нужно, а практически, въ особенности съ процессуальной точки зрѣнія, опасно.

3) Ср. обзоръ различныхъ опредѣленій свободы воли у C. Göring, Ueber die menschliche Freiheit und Zurechnungsfähigkeit, 1876 г.—глава 1-я—Begriff der Freiheit; самыя слова «свобода», «свободный», имѣютъ крайне разнообразное значеніе въ ихъ примѣненіи къ явленіямъ физическаго міра и къ событіямъ соціальной жизни; ср. у него же на стр. 2 интересные примѣры изъ Knapp, System der Rechtsphilosophie. Кантъ въ критикѣ чистаго разума даетъ такое опредѣленіе свободы воли: «такая причинность, когда причина не бываетъ опредѣлена предшествующею по необходимымъ законамъ, безусловная самодѣятельность или возможность начинать собою рядъ явленій, въ дальнѣйшемъ своемъ теченіи совершающихся по законамъ природы». По замѣчанію Scholten, Der freie Wille, 1874, свобода воли выражается въ томъ, что человѣкъ желаетъ чего либо единственно потому, что онъ желаетъ. Ср. Сергѣевскій стр. 212 пр. I, H. Spitta, Die Willensbestimmungen und ihr Verhältniss zu den impulsiven Handlungen, 2 изд. 1892.

*

100. Признаніе свободы воли основнымъ критеріемъ вмѣняемости находитъ себѣ большое число защитниковъ какъ между старыми, такъ и новыми криминалистами всѣхъ націй; въ громадномъ большинствѣ учебниковъ и руководствъ ставится, какъ безспорная, формула: только лицо, обладающее способностью дѣйствовать свободно, можетъ быть виновникомъ преступленія. «Если мы не признаемъ за человѣкомъ свободы дѣйствій, говоритъ Кестлинъ (System, § 41), то хотя мы и можемъ по какимъ либо основаніямъ признать реакцію противъ преступныхъ дѣяній полезною, даже необходимою, но только о ней не можетъ быть и рѣчи въ наукѣ права»; «виновность, говоритъ Haus (Principes, 2 изд., № 283), предполагаетъ умственное развитіе и свободу . . . свобода можетъ быть внутренняя или внѣшняя. Первая—есть способность желать и не желать, вообще опредѣляться самопроизвольно; вторая — состоитъ во власти дѣйствовать или не дѣйствовать, совершать что либо или воздержаться. При отсутствіи одного изъ этихъ двухъ условій всякая виновность исчезаетъ, фактъ не можетъ быть вмѣненъ совершившему и не можетъ повлечь поэтому никакой уголовной отвѣтственности». «Для юриста, замѣчаетъ г. Будзинскій (Начала, стр. 73), вмѣстѣ съ свободою исчезло бы понятіе о законѣ и наказаніи; для юриста разумная свобода составляетъ основаніе уголовнаго права; если бы человѣкъ не имѣлъ свободы воли, то онъ не имѣлъ бы о ней внутренняго сознанія, не чувствовалъ бы угрызеній совѣсти въ случаѣ содѣянія зла, не отвѣтствовалъ бы за свои дѣянія, не отличался бы отъ животнаго» [1]).

Но что же такое разумно-свободная воля? Въ чемъ состоитъ свобода воли, какъ условіе бытія преступленія? На это большинство криминалистовъ, сторонниковъ даннаго взгляда, или не даютъ никакого отвѣта, какъ бы предполагая, что выраженія: «свобода», «разумная свобода», составляютъ такія эмпирическія понятія, которыя не требуютъ разъясненія, или же отсылаютъ за объясненіями понятія о свободѣ къ философіи или этикѣ, и только весьма немногіе считаютъ необходимымъ представить болѣе подробное изложеніе ученія о существѣ свободной воли, какъ условіи вмѣняемости. Къ числу послѣднихъ относится одинъ изъ извѣстнѣйшихъ новыхъ нѣмецкихъ криминалистовъ, послѣдователь школы Гегеля—Кестлинъ [2]).

Природа, какъ учитъ гегеліанская философія, есть безконечное проявленіе и воплощеніе идеи, абсолютнаго начала. Это зиждущее начало ищетъ себя въ природѣ и находитъ себя самосознающимъ—въ вѣнцѣ творенія, человѣкѣ. Существо духа—быть единымъ во всемъ, проявляется въ безконечномъ теченіи бытія, въ безконечномъ зарожденіи существъ; но въ этомъ внѣпредѣльномъ творчествѣ отдѣльныхъ бытій, въ этомъ расчлененіи духа, осуществляется также всесильное стремленіе его снова найти свое единство. Его всеобщность ищетъ себя въ безконечныхъ отдѣльностяхъ и находитъ себя въ единичномъ (Einzelheit).

Только въ единичномъ, въ человѣкѣ, взаимно проникаются всеобщее и отдѣльное, въ опредѣленномъ представляется безконечное. Этотъ признакъ единичности, въ которой самосознательно проявляется абсолютная идея, составляетъ со стороны теоретической—мышленіе, а со стороны практической—человѣческая воля. Но что же такое воля? Понятіе воли, по ученію Кестлина, заключаетъ въ себѣ два момента: во-1-хъ, моментъ безконечнаго

---

1) Эти выдержки, какъ было замѣчено мною въ курсѣ, в. I, стр. 45, взяты случайно изъ писателей различныхъ литературъ; но подобныя цитаты могутъ быть по произволу увеличиваемы, такъ какъ такія положенія встрѣчаются въ огромномъ большинствѣ учебниковъ: ср., напр., такую же категорическую постановку этого вопроса въ послѣднемъ трудѣ Гельшнера, § 75; то же Bruck, Zurechnungsfähigkeit, 1878 г., стр. 24; у него (стр. 4—24) обзоръ формулировки критерія вмѣняемости у различныхъ нѣмецкихъ писателей.

2) Koestlin, Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts, 1845 г., стр. 51 и сл.; его же, System, § 41 и сл. На ученіи Кестлина построена теоретическая часть монографіи г. Власьева, О вмѣненіи по началамъ теоріи и древняго русскаго права, 1860 г. Теорія, сходная съ Кестлиномъ, была развита Бернеромъ въ его Grundlinien der criminalistischen Imputationslehre, 1843 г.; въ позднѣйшемъ сочиненіи Grundsätze des Preussischen Strafrechts, 1861 г., и въ Lehrbuch — Бернеръ нѣсколько видоизмѣнилъ свое ученіе, ставя условіями вмѣненія: 1) самосознаніе, 2) сознаніе внѣшняго міра и 3) развитое сознаніе обязанностей, такъ какъ въ этихъ моментахъ разумѣнія содержится внутренняя свобода, которая и не можетъ быть особымъ условіемъ вмѣненія.

тождества (своей сущности,—абсолютной идеи), саморавность воли, въ силу чего воля можетъ, съ одной стороны, отрѣшаться отъ всякой опредѣленности, отъ всякаго частнаго содержанія и пребывать самотождественною, а съ другой, во всякой опредѣленности оставаться самопродолженіемъ, т. е. осуществлять абсолютную идею, которой она служитъ практическимъ проявленіемъ, осуществлять добро; въ силу перваго, отрицательнаго условія, воля есть чистая свобода; въ силу второго положительнаго—возможность осуществленія добра, какъ сущности абсолютной идеи; во-2-хъ, способность воли къ опредѣленности, моментъ частнаго въ противоположность первому—всеобщему. Поэтому въ существѣ воли лежитъ: во-1-хъ, способность перехода отъ безразличной неопредѣленности къ постановленію себѣ опредѣленія; благодаря этому, воля перестаетъ быть простою формою, а получаетъ содержаніе: она хочетъ чего либо, изъ свободы безсодержательнаго (Freiheit der Leere), становится дѣйствительною волею; во-2-хъ, способность замѣны саморавности и самопродолжаемости (Continüität)—отпаденіемъ (Discretion); въ силу этого свойства для воли является возможность отрицанія своего единства съ абсолютною идеею, для воли возможности осуществленія добраго противопоставляется возможность осуществленія злаго.

Сообразно съ этимъ, понятіе воли характеризуется слѣдующими признаками: а) абсолютною возможностью для субъекта отрѣшиться отъ какого бы то ни было опредѣленія, положеннаго для воли имъ самимъ или чѣмъ либо внѣ его сущимъ; б) способностью постановленія какой либо опредѣленности, какъ содержанія воли, откуда бы содержаніе ни было почерпнуто, и в) способностью *я* пребывать въ какой либо опредѣленности съ сознаніемъ возможности ея измѣненія.

Такова истинная сущность воли въ ея полномъ развитіи; но этого развитія воля достигаетъ въ человѣкѣ, проходя различныя ступени саморазвитія человѣческаго духа.

Прежде всего воля является въ видѣ непосредственномъ, естественномъ (natürlicher Wille), когда *я* опредѣляется не изъ себя, а изъ природы, когда нашими дѣйствіями руководятъ только ощущенія, побужденія, склонности. Формою проявленія этой воли является настроеніе (Gemüth). Естественная воля хотя и заключаетъ въ себѣ самоощущеніе *я* и его стремленія къ практической дѣятельности, но это ощущеніе не достигаетъ еще сознанія противоположности духа и природы, и проявляется въ формѣ опредѣленнаго, все другое исключающаго стремленія. Естественная воля не можетъ быть сама по себѣ разсматриваема какъ злая или добрая, она заключаетъ въ себѣ только возможность сдѣлаться тою или другою, она можетъ одинаково выразить направленіе самопродолжаемости своей абсолютной сущности—добра и направленіе обособленности—зла, притомъ же и самая ея форма пожеланія указываетъ на безотчетную подчиненность воли своему опредѣленію. Поэтому то подобная воля, какъ продуктъ природы, какова, напр., воля дитяти, глухонѣмаго и т. п., не можетъ разсматриваться какъ виновная, заслуживающая наказанія.

Вторую ступень составляетъ сознающая воля (wissender Wille). Между тѣмъ какъ естественная воля находитъ свое содержаніе внѣ себя, въ природѣ, познающая воля сама творитъ свое содержаніе, самоопредѣляется.

Источникомъ этого самоопредѣленія является мышленіе. Только мыслящее *я*, сознающее свое различіе отъ собственной природы и внѣшняго міра и дѣйствующее съ сознаніемъ этого различія—проявляетъ истинную свободную волю. Сознающую волю нужно разсматривать не какъ дальнѣйшее развитіе естественной воли, а какъ ея противоположеніе, и притомъ даже и въ томъ случаѣ, когда сознающій духъ черпаетъ свое содержаніе въ естественныхъ наклонностяхъ и стремленіяхъ, когда онъ выбираетъ, напр., между различными ощущеніями, когда, однимъ словомъ, воля является свободною только по формѣ, а не по содержанію, такъ какъ и здѣсь въ природѣ лежатъ источники опредѣленія воли въ потенціи и только переработанные мыслящимъ духомъ, измѣненные въ самомъ ихъ существѣ, они становятся стимулами воли.

Мышленіе и хотѣніе являются только двумя моментами единаго цѣлаго и ихъ взаимодѣйствіе и есть тотъ процессъ, которымъ абсолютный духъ проявляетъ самъ въ своей дѣятельности свое бытіе и въ силу того является свободнымъ. Познающая воля и свобода тождественны.

Эта дѣйствительная свобода, начинаясь съ момента произвольнаго положенія себѣ опредѣленія, является въ формѣ усмотрѣнія, произвола (Willkühr). Воля дѣйствительно

создаетъ себѣ опредѣленіе, но такъ, что она можетъ себѣ поставить и всякое другое, причемъ его содержаніемъ можетъ быть или проявленіе естественнаго настроенія или продуктъ разума. Въ первомъ случаѣ произволу предстоитъ выборъ между свободнымъ пребываніемъ духа въ состояніи саморавности и подчиненіемъ его подъ иго настроеній; во второмъ существуетъ выборъ между различными опредѣленіями, поставленными самимъ разумомъ. Процессъ волеопредѣленія начинается съ обсужденія различныхъ возможностей, которыя представляются, какъ основанія опредѣленія. Колебаніе должно быть разрѣшено энергическимъ актомъ воли—выборомъ; но этотъ выборъ, эта рѣшимость остановиться на какомъ либо основаніи опредѣленія и сдѣлать его дѣйствительнымъ содержаніемъ воли и есть актъ произвола, формальной свободы *я*, такъ какъ воля точно также могла рѣшиться въ пользу всякой другой возможности. Если *я* слѣдуетъ чувственному пожеланію, а не вліянію разума, то мы можемъ заключить о томъ, что его мышленіе и хотѣніе извращены, и что результатъ свободнаго выбора есть несвобода *я*, но для самосознававшаго *я* была возможность выбора противоположнаго, онъ свободно впалъ въ несвободу: произволъ является именно какъ способность опредѣляться къ добру или злу. Наконецъ, полной законченности воля достигаетъ только тогда, когда она полагаетъ, какъ содержаніе своей особенности, свою всеобщность,—почерпаетъ содержаніе изъ собственной субстанціи.

Такимъ образомъ, по теоріи Кестлина, существуютъ три основные типа человѣческихъ дѣйствій:

1) Дѣйствія, какъ непосредственный продуктъ природы, какъ проявленіе естественной воли. Воля въ этомъ состояніи не свободна, не есть истинная воля, и подобныя дѣйствія человѣка, не отличаясь отъ явленій природы, не могутъ быть вмѣняемы ему ни въ вину, ни въ заслугу.

2) Дѣйствія, какъ продуктъ познающей воли, когда дѣйствующій сознаетъ и оцѣниваетъ различныя возможныя опредѣленія его дѣятельности и свободно рѣшается на выборъ даннаго опредѣленія, котораго содержаніе дается ему или изъ природы, или изъ представленій разума; такъ какъ лицо въ подобномъ положеніи можетъ опредѣляться и своею сущностью, идеею абсолютнаго добра, то и поступки его могутъ вызывать или порицаніе, или одобреніе.

3) Дѣйствія, какъ результатъ абсолютной свободы, когда данное опредѣленіе является осуществленіемъ абсолютнаго: воля, достигшая такой абсолютной свободы, конечно, не можетъ быть источникомъ преступныхъ дѣяній [1]).

Слѣдовательно, по этой теоріи, общій законъ причинности не распространяется на свободныя дѣйствія человѣка; духъ человѣческій, проявляющійся въ его волѣ, имѣетъ способность опредѣлять дѣятельность лица независимо отъ какихъ либо предыдущихъ явленій; имѣетъ способность сдѣлать свободный выборъ между отдѣльными опредѣленіями, представляющимися въ данномъ случаѣ; такъ что, подпадая даже подъ господство страсти, увлеченія, духъ человѣческій подчиняется этому самопроизвольно, въ силу своей свободной рѣшимости.

Но на чемъ же основываются подобныя положенія? Единственнымъ аргументомъ, кромѣ формальныхъ діалектическихъ афоризмовъ [2]), у сторонниковъ этого ученія является ссылка на свидѣтельство нашего сознанія, исторически отражающееся въ вѣковѣчной вѣрѣ всѣхъ народовъ въ свободу воли. Въ самомъ дѣлѣ, не говоритъ ли каждому изъ насъ наше сознаніе, что все, что мы дѣлаемъ, мы дѣлаемъ только по нашему усмотрѣнію, что отъ насъ безусловно зависитъ сказать или смолчать, сдѣлать или не сдѣлать. Какъ отказаться отъ этого убѣжденія, присущаго намъ всегда и вездѣ, которое, съ большею или меньшею отчетливостью, сознается взрослымъ и молодымъ, образованнымъ и полуразвитымъ? Бытіе свободы воли, замѣчаетъ Villey (стр. 100 и это положеніе раздѣляется почти всѣми новыми французскими криминалистами), доказывается такъ же, какъ и бытіе внѣшняго міра, всеобщностью убѣжденія о ея существованіи; не можетъ быть послѣдствія безъ причины; идея

---

1) Такую же характеристику человѣческихъ дѣйствій давалъ Бернеръ въ Imputationslehre, различая: «an sich, für sich, undan und für sich seinder Wille».

2) См. разборъ ихъ въ моемъ курсѣ, I, № 21.

свободы присуща безусловно всякому человѣку, но, конечно, такое убѣжденіе не могло бы существовать, если бы таковая свобода не существовала. Не подлежитъ сомнѣнію, говоритъ пр. Спасовичъ (стр. 116), что человѣкъ можетъ, опираясь на сознаніе, располагать и управлять данными ему отъ природы физическими и психическими способностями. Онъ можетъ требовать отъ своего ума, чтобы умъ вникалъ и работалъ, отъ фантазіи, чтобы она творила; онъ можетъ сказать страсти, чтобы она умолкла, сердцу, чтобы оно не билось, волѣ, чтобы она того, а не другаго желала... Если бы свободы воли не было, то непонятно, какимъ бы образомъ могло образоваться и понятіе о ней, потому что оно, конечно, не можетъ быть заимствовано изъ міра внѣшняго, посредствомъ чувственнаго опыта [1]).

Посмотримъ же теперь, какъ тверды устои, на которыхъ зиждется эта теорія, въ особенности съ точки зрѣнія вмѣняемости человѣческихъ дѣйствій и уголовной отвѣтственности.

Допустимъ, что духъ человѣческій безусловно самопочиненъ, что въ немъ, и только въ немъ, въ каждый моментъ лежитъ возможность выбора между благомъ и зломъ, между истинною абсолютною сущностью воли и вліяніемъ конечнаго, ограниченнаго. Но не возбуждаетъ ли это положеніе сомнѣній, нѣтъ ли въ немъ недоказанныхъ постулятовъ, даже кромѣ самой идеи о свободѣ?

Идеи добра и блага врождены человѣку, но, однако, и по этому ученію существуетъ воля естественная, существуетъ ступень человѣческаго развитія, когда идея благого представляется еще не раскрытою въ человѣческомъ сознаніи. Когда же и при какихъ условіяхъ раскрывается эта идея?

Далѣе, говоря, что идея добра врождена человѣку, эта доктрина не опредѣляетъ объема и содержанія этой идеи. Уподобленіе ея понятію безграничной любви достаточно ли для сферы права? Въ примѣненіи къ праву уголовному нужно пойти еще далѣе и затронуть вопросъ о томъ: совпадаетъ-ли объемъ идеи о благомъ съ объемомъ требованій общей воли, объективированной въ законѣ? Если человѣкъ отвѣтственъ только потому, что, вмѣсто учиненія даннаго проступка, онъ, руководствуясь своимъ представленіемъ о добрѣ, долженъ былъ совершить нѣчто другое, то, обсуждая съ этой точки зрѣнія вопросъ о вмѣняемости преступныхъ дѣяній, мы должны предположить, что повелѣніе закона, невыполненное виновнымъ, входитъ, какъ моментъ, въ идею благого. Но возможно ли такое отождествленіе? Какъ согласовать понятіе ограниченнаго, преходящаго, составляющее необходимое свойство закона, съ понятіемъ абсолютности, лежащей въ идеѣ благого? А при этомъ мы не должны забывать, что для вмѣняемости необходимо, чтобы велѣнія права не только входили, какъ часть, въ идею благого, но и сознавались тѣмъ, кому мы вмѣняемъ дѣяніе, какъ проявленіе этой идеи. Какъ же разрѣшить вопросъ въ тѣхъ случаяхъ, когда мы съ достовѣрностью можемъ утверждать, что, по воззрѣнію обвиняемаго, данное велѣніе не только не почиталось проявленіемъ абсолютнаго добра, но, наоборотъ, разсматривалось имъ какъ продуктъ

---

1) Какъ замѣтилъ пр. Geyer, еще въ его Erörterungen über den allgemeinen Thatbestand der Verbrechen, 1862 г., стр. 115, ученіе о безграничной свободѣ заключаетъ въ себѣ такъ много утѣшительнаго, такъ много самообольщающаго для человѣка, что оно всегда будетъ находить приверженцевъ. Проблема человѣческой свободы, говоритъ Брукъ, стр. 24, всегда останется дѣломъ вѣры. Какого либо твердаго доказательства для утвердительнаго или отрицательнаго отвѣта на этотъ вопросъ не существуетъ. На это непосредственное чувство свободы ссылались и такіе мыслители, какъ Фихте, Якоби, Шеллингъ,—ср. рядъ любопытныхъ цитатъ за и противъ этого аргумента у Göring'a, стр. 58 и сл.; особенно выдвигаются эти аргументы французскими криминалистами. Такъ Normand, № 719, говоритъ: въ защиту свободы воли можно сослаться на здравый смыслъ, на свидѣтельство нашей совѣсти, на общую вѣру человѣчества въ существованіе свободы воли, на тѣ опасныя и неотвратимыя послѣдствія, которыя вытекаютъ изъ принятія принципа несвободы воли; на послѣднее основаніе особенно указываетъ Н. Meyer, § 2; одинъ изъ наиболѣе убѣжденныхъ защитниковъ свободы воли Іеромонахъ Антоній (Храповицкій) въ своемъ интересномъ трудѣ, Психологическія данныя въ пользу свободы воли и нравственной отвѣтственности, на стр. 116 говоритъ: «если человѣкъ будетъ имѣть противъ свободы воли доказательства ясныя какъ солнце, то и тогда онъ отвергнетъ не свободу, а эти доказательства, ибо свобода неотдѣлима отъ нравственнаго добра, а реальность послѣдняго яснѣе солнца, т. е. чувственныхъ воспріятій.»

человѣческой ограниченности, продуктъ человѣческаго эгоизма, грубой силы и т. п.? Можемъ ли мы признать подобное лицо безотвѣтственнымъ, или же мы должны создать особую теорію вмѣняемости для нарушеній формальнаго права, или же, наконецъ, должны сказать, что идея абсолютнаго блага заключаетъ въ себѣ, какъ составной элементъ, согласіе лица съ требованіями закона, каковъ бы послѣдній ни былъ, что всякое неисполненіе требованій власти есть отпаденіе воли отъ ея идеальной сущности?

Согласившись съ принципомъ вмѣняемости, выставленнымъ этою доктриною, мы едва ли можемъ согласовать его съ раціональною теоріею наказуемости, съ понятіемъ о наказаніи, какъ о юридической охранѣ правоваго порядка. Если основою вмѣненія является только отпаденіе воли отъ ея идеальной сущности, противорѣчіе ея идеѣ справедливости, то единственнымъ раціональнымъ содержаніемъ наказанія будетъ воздаяніе, возмездіе. Какъ скоро воля отреклась отъ своей сущности, какъ скоро совершилось отпаденіе единичной воли отъ общей, то создалось и основаніе наказуемости отпадшей воли: отрицаніе полной свободы дѣйствій человѣческихъ естественно устраняетъ возможность смотрѣть на наказаніе, какъ на возмездіе [1]).

Наоборотъ, всякое представленіе о наказаніи, какъ о цѣлесообразномъ проявленіи государственной дѣятельности, не можетъ быть совмѣстимо съ доктриною свободы воли: это замѣчаніе одинаково относится къ теоріямъ устрашенія, предупрежденія, исправленія [2]). Даже такое примитивное понятіе о наказаніи, какое мы встрѣчаемъ, напр., въ уложеніи царя Алексѣя Михаиловича, требовавшемъ казни для того, чтобы инымъ не повадно было такъ дѣлать, предполагаетъ опредѣляемость преступника извѣстными данными въ моментъ дѣйствія; еще сильнѣе, конечно, выдвигается это требованіе въ теоріи, разсматривающей наказаніе, какъ средство общественной борьбы съ преступностью. Въ виду этого можно, перефразируя приведенныя выше слова Кестлина, сказать: если мы признаемъ неподчиненность человѣческихъ дѣйствій закону причинности, какъ закону всѣхъ конечныхъ явленій, то мы можемъ говорить о мести, возмездіи, но не можетъ быть и рѣчи о наказаніи, какъ юридическомъ институтѣ, о цѣлесообразной карательной государственной дѣятельности [3]).

Остается разсмотрѣть указанныя выше основанія, на которыхъ покоится самое

---

1) Биндингъ замѣчаетъ, что всѣ противники свободы воли суть прирожденные враги абсолютныхъ теорій наказаній. Ср. замѣчанія объ отношеніи индетерминизма и детерминизма къ ученію о наказаніи у Janka, Strafschuld, стр. 39, и въ статьѣ Меркеля объ учебникѣ Гельшнера въ L. Z. 1881 г. Klippel, Determinismus und Strafe, L. Z. X, стр. 534—573.

2) «Наказывать кого нибудь, замѣчаетъ Rohan, Ueber die Entstehung und Strafbarkeit der menschlichen Handlungen, 1881, стр. 49, въ надеждѣ, что подъ вліяніемъ претерпѣннаго наказанія онъ не повторитъ учиненнаго, и въ то же время признавать свободу человѣческихъ дѣйствій—это неразрѣшимое противорѣчіе. Все воспитаніе покоится на детерминистической подкладкѣ, а между тѣмъ индетерминисты воспитываютъ своихъ дѣтей въ надеждѣ, что благодаря хорошему воспитанію изъ нихъ выйдутъ порядочные люди».

3) Указаніе на несовмѣстимость—идеи свободы воли съ раціональною системою наказанія было сдѣлано еще Фейербахомъ въ его классическомъ Revision, въ особенности въ главахъ 3, 6 и 7-й, но начало это было проведено имъ отчасти непослѣдовательно, отчасти односторонне, чему причиною была его ошибочная теорія наказанія. Фейербахъ, хотя прямо и не отрицаетъ понятія свободной воли, но разсматриваетъ ее какъ метафизическое, трансцендентальное, а не эмпирическое понятіе, а потому и допускаетъ ея значеніе только въ области морали. Здѣсь примѣнимо ученіе о заслугѣ и воздаяніи (I, стр. 168); но эти понятія не имѣютъ отношенія къ области права, какъ къ области эмпирическаго; «одно смѣшеніе, прибавляетъ онъ, области права и нравственности, нарушенія внутреннихъ законовъ совѣсти и внѣшнихъ уголовныхъ законовъ могло произвести царствующій въ этомъ ученіи хаосъ». То же начало проводитъ онъ въ первыхъ 8 изданіяхъ своего учебника, а въ позднѣйшихъ изданіяхъ, подъ вліяніемъ внѣшнихъ причинъ, онъ выражается по вопросу о свободѣ воли весьма уклончиво. Разборъ этой замѣчательной попытки Фейербаха былъ уже сдѣланъ его современниками: Thibaut, Beiträge zur Critik der Feuerbachischen Theorie, 1802, а въ особенности Клейномъ въ рядѣ его желчныхъ, даже ругательныхъ статей, помѣщенныхъ въ Архивѣ уголовнаго права, т. II, IV, V. О теоріи Фейербаха ср. также Pfenninger, в. с., стр. 20 и сл.

предположеніе о произвольности человѣческой волеопредѣляемости. Главнымъ аргументомъ является свидѣтельство нашего сознанія, но можно ли положиться на такое свидѣтельство? Не считаетъ ли себя человѣкъ свободнымъ, какъ замѣтилъ еще Спиноза, только потому, что онъ видитъ дѣйствія и не въ состояніи подмѣтить ихъ причины [1])?

Мы дѣлаемъ критеріумомъ наше сознаніе; но кто же не знаетъ, какъ часто ошибочны бываютъ его представленія? Заблужденія сознанія бываютъ не только индивидуальны, но и коллективны, господствуютъ цѣлые вѣка, переживаютъ даже ихъ научное ниспроверженіе: не подсказываетъ ли намъ ежедневно наше сознаніе, что солнце движется вокругъ земли, не говорятъ ли намъ ежедневно наши календари, что солнце восходитъ и заходитъ, а между тѣмъ, вѣка прошли послѣ научнаго ниспроверженія этой гипотезы. Сознаніе по замѣчанію Бокля, можетъ быть непогрѣшимо относительно факта, имъ свидѣтельствуемаго, но оно въ то же время можетъ быть погрѣшимо относительно истины. Не представляется ли такимъ же заблужденіемъ сознаніе человѣка о свободѣ своихъ дѣйствій? Не надо забывать, что сознаніе открываетъ извѣстное состояніе духа въ данную минуту, но не открываетъ длиннаго ряда причинъ, отъ которыхъ зависитъ это состояніе. Мало того, анализируя данныя нашего сознанія о свободѣ нашихъ дѣйствій, мы встрѣтимся тамъ съ указаніями иного порядка. Не говоритъ ли намъ наше сознаніе, что, зная извѣстное лицо, его характеръ, степень развитія, мы можемъ съ достаточною безошибочностью предсказывать его поведеніе и дѣйствіе въ извѣстныхъ обстоятельствахъ; не являются ли для насъ оскорбительными предположенія людей намъ близкихъ о возможности совершенія нами извѣстнаго поступка и не упрекаемъ ли мы ихъ за подобныя предположенія? Но какія же данныя нашего сознанія скрываются за подобными требованіями? Очевидно, убѣжденіе, что наши поступки суть результаты не произвола, а опредѣленныхъ предыдущихъ.

Der Menschen Thaten und Gedanken, говоритъ великій человѣковѣдецъ Шиллеръ ....

Sie sind nothwendig, wie des Baumes Frucht,
Sie kann der Zufall gaukelnd nicht verwandeln.
Hab'ich des Menschen Kern erst untersucht,
So weiss ich auch sein Wollen und sein Handeln.

Такимъ образомъ, наше сознаніе не можетъ служить непреодолимымъ аргументомъ въ пользу разбираемой доктрины, тѣмъ болѣе, что противъ нея выставляются весьма сильныя возраженія, имѣющія болѣе точный характеръ [2]).

---

1) Маудсли, Физіологія души, пер. Псавна, 1871 г., стр. 174, указываетъ, что человѣкъ бываетъ наиболѣе убѣжденъ, что онъ говоритъ и дѣйствуетъ съ полною свободою, тогда, когда онъ наименѣе свободенъ, въ пьяномъ видѣ, во снѣ, въ состояніи страсти. Еще съ большимъ правомъ это замѣчаніе примѣнимо къ помѣшаннымъ. Существенный признакъ сумасшествія, говоритъ Гризингеръ, заключается: во-1-хъ, въ томъ, что извѣстныя состоянія мозга, извѣстныя настроенія чувства, волненія, сужденія, возникаютъ извнутри, тогда какъ въ здоровомъ состояніи они вызываются только достаточными внѣшними побужденіями; во-2-хъ, въ томъ, что сила и продолжительность ощущеній и представленій поддерживается и развивается только извнутри. Безпричинность душевныхъ состояній у психическихъ больныхъ является исключительно господствующею. Уже Спиноза замѣтилъ, что и брошенный камень, если бы сознавалъ свое движеніе, представлялъ бы себя свободнымъ и думалъ бы, что онъ только потому продолжаетъ свое движеніе, что онъ того хочетъ; Лейбницъ сравнивалъ свободу человѣческихъ дѣйствій съ свободою магнитной иглы обращаться или не обращаться къ полюсу. Ср. Göring, стр. 63. Весьма интересную постановку ученія о свободѣ человѣческихъ дѣйствій можно найти у Sigwart, Das Problem von der Freiheit und Unfreiheit des menschlichen Wollens, 1839 г., ср., Шопенгауеръ, Ueber die Freiheit des Willens, въ его Grundproblem der Ethik, изд. 1860 г. Ср. также Bünger, Die Selbstbestimmung des verbrecherischen Willens und das Kausalitätsgesetz въ L. Z. 1887 г., № 1, стр. 80—133.; A. Hamon, Déterminisme et responsabilité, 1898 г.

2) Ср. также рядъ замѣчаній относительно шаткости и противорѣчивости представленій о свободѣ нашихъ дѣйствій и о неразрывной связи понятій виновности и отвѣтственности съ понятіемъ свободы у Levy-Brühl, L'idée de responsabilité, 1884 г., стр. 10 и сл.; A. Fouillée в. с. II, глава 3-я; у F. Schäfer, в. с. приведенъ рядъ обстоятельныхъ анатомо-физіологическихъ и психологическихъ доказательствъ закономѣрности человѣческихъ дѣйствій. Самъ Шеферъ стоитъ на крайней детермини-

Всѣ научныя открытія послѣднихъ столѣтій, весь процессъ человѣческаго знанія сводятся къ раскрытію принципа законосообразности въ окружающихъ насъ явленіяхъ: тамъ, гдѣ умъ человѣческій видѣлъ доселѣ простое дѣйствіе случая или вмѣшательство сверхъестественныхъ силъ, гдѣ онъ предполагалъ не только видоизмѣненіе, но какъ бы устраненіе основныхъ началъ міровой жизни, научный анализъ открываетъ постоянные элементы, допускающіе подведеніе этихъ явленій подъ точные, неизмѣнные законы природы, примѣненіе къ нимъ исчисленія и измѣренія.

Безусловное господство законовъ причинности и непрерывности охватываетъ весь конечный міръ, начиная отъ космическихъ явленій вселенной и кончая жизнью и дѣятельностью едва замѣтныхъ, даже и подъ микроскопомъ, инфузорій. Можемъ ли мы выдѣлить изъ общей цѣпи существъ и явленій человѣка и его дѣятельность? Можемъ ли мы сказать, что дѣянія людей не объемлются извѣстною, внѣвременною безпрерывностью бытія? Можемъ ли мы объяснить себѣ такую громадную пропасть, будто бы отдѣляющую этотъ малый міръ — микрокосмосъ, отъ всего сущаго? Гордый человѣческій умъ дѣйствительно пытался противопоставить себя всему остальному творенію; философскій идеализмъ, какъ субъективный, такъ и объективный, возвелъ въ апотеозъ это самомнѣніе, разсматривая человѣческую личность, какъ самосознающее проявленіе того абсолютнаго духа, который безлично и безсознательно живетъ въ природѣ, или даже возводя человѣческое *я* на степень творца этой природы; но, по справедливому замѣчанію Вагнера [1]), «всѣ новѣйшія открытія положительныхъ наукъ вырывали камень за камнемъ изъ царственнаго вѣнца, украшавшаго человѣка». Земля, которая составляла подножіе его величія, изъ центра міросозданія сдѣлалась, съ успѣхами астрономіи, незначительнымъ элементомъ системы, въ свою очередь теряющейся въ безконечной массѣ системъ, составляющихъ космосъ; явленія природы, въ которыхъ человѣкъ прозрѣвалъ гласъ Божества, возвѣщавшій именно ему горе и радость, бѣдствія и страданія, какъ громъ и молнія, радуга и кометы и т. п., раскрыты и разъяснены, сведены къ простымъ физическимъ и астрономическимъ явленіямъ; вмѣстѣ съ тѣмъ и самъ человѣкъ изъ сосредоточія сущаго сдѣлался простымъ звеномъ въ общей цѣпи существъ, звеномъ, хотя и замыкающимъ эту цѣпь, но тѣмъ не менѣе тѣсно и неразрывно связаннымъ съ предшествующими звеньями, а потому и долженствующимъ подчиняться тѣмъ же законамъ. «Отъ земли бо взятъ и въ землю отыдеши», гласитъ надгробная пѣснь нашей церкви, смиряя предъ лицомъ Единаго, внѣ пространства и времени сущаго, горделивое самомнѣніе предстоящихъ «снѣди червей».

Далѣе, самыя явленія, совершающіяся въ человѣкѣ, въ его психической жизни, стали также предметомъ точнаго анализа. Мышленіе и его процессы сводятся къ опредѣленнымъ эмпирическимъ началамъ; разнообразныя психическія явленія, ощущенія, чувствованія подвергаются измѣренію, физическому и математическому анализу.

Наконецъ, изученіе тѣхъ дѣйствій человѣка, которыя именно почитаются продуктами его свободной рѣшимости, не только показало, что они проявляютъ постоянство и правильность, свидѣтельствующія, что и въ нихъ осуществляются извѣстные законы, но и установило ихъ извѣстную связь и зависимость отъ космическихъ, физическихъ и соціальныхъ явленій и событій. Моральная статистика, изучая такія проявленія человѣческой свободы, какъ бракъ, самоубійство, преступленія, установляетъ не только пропорціональное соотношеніе ихъ съ численностью населенія, но и условія ихъ географическаго распредѣленія, соотношеніе ихъ съ временами года, съ температурою и т. п.; она приводитъ данныя, свидѣтельствующія о томъ, что какъ ни свободенъ, повидимому, выборъ лицъ брачащихся, но вѣроятность вступленія въ бракъ лицъ того или другаго возраста, дѣвицъ и вдовъ, можетъ

стической точкѣ зрѣнія. A. Hamon, в. с., стр. 9, указываетъ какъ на доказательство шаткости нашего сознанія о свободѣ, на ту убѣжденность въ свободѣ своихъ дѣйствій, которую проявляютъ лица, дѣйствующія подъ вліяніемъ гипнотическихъ внушеній. Ср. также разборъ этихъ аргументовъ сторонниковъ индетерминизма у Vargha, Abschaffung der Strafknechtschaft 1896 г., I, № 3, Die Bewusstseinstäuschung der Willensfreiheit, стр. 271—360.

1) Die Gesetzmässigkeit in den scheinbarwillkührlichen menschlichen Handlungen, 1864 г., стр. 3; то же Quetelet, Physique sociale, 1869 г., стр. 98.

быть вычислена заранѣе, что можетъ быть предугадано количество браковъ, поражающихъ по различію возраста мужа и жены и т. п.; статистика указала, что выборъ оружія убійства, рода смерти и т. п. стоитъ въ зависимости отъ внѣшнихъ, опредѣляющихъ человѣка условій.

При этомъ напрасно было бы утверждать, что выводы статистики не колеблютъ принципа свободы воли, такъ какъ, имѣя дѣло съ обобщеніями, съ законами большихъ чиселъ, они не могутъ опредѣлять индивидуальной дѣятельности и свободы. Обобщеніе не можетъ быть качественно противоположно обобщаемому. Какое бы большое число произвольныхъ дѣйствій мы ни взяли, мы не въ состояніи получить изъ ихъ суммы нѣчто, исключающее понятіе произвола: предполагая законосообразность явленій соціальной жизни вообще, мы тѣмъ самымъ неминуемо предполагаемъ законосообразность каждаго отдѣльнаго факта.

А всѣ эти соображенія приводятъ къ тому заключенію, что всѣ дѣйствія человѣка, съ коими имѣетъ дѣло уголовное право, не произвольны, а подчинены общему закону причинности, что акты его воли суть особыя проявленія общаго закона видоизмѣненія силъ, въ силу чего и становится возможною раціональная теорія наказанія, какъ спеціальнаго вида борьбы общества съ преступленіемъ [1]).

101. Не находя, такимъ образомъ, возможнымъ построить ученіе объ уголовной вмѣняемости на теоріи индетерминизма, мы должны обратиться къ теоріямъ противоположнымъ, признающимъ человѣческіе поступки подчиненными общему закону достаточной причины, господствующему во всемъ конечномъ мірѣ. Но въ этой группѣ мы встрѣчаемъ два оттѣнка: первый—я бы полагалъ возможнымъ назвать теоріею необходимости человѣческихъ дѣйствій, теоріею фатализма или нецессаріанизма въ тѣсномъ смыслѣ, а второй—теоріею закономѣрности человѣческихъ дѣйствій [2]). Первая теорія признаетъ безусловное

---

1) Фейербахъ еще въ 1799 г. въ своемъ Revision, I, стр. 319—321 высказалъ: «насколько человѣкъ является объектомъ нашего опыта, наблюденій нашего разсудка, настолько мы должны разсматривать его, какъ одно изъ явленій природы, какъ существо, подчиненное неизмѣнному естественному закону причинности ..... Путемъ опыта мы не откроемъ въ немъ свободы; все, что онъ дѣлаетъ—предопредѣляется неизмѣнными законами природы; онъ является только посредникомъ, черезъ котораго дѣйствуетъ природа. Въ воспитаніи человѣка, въ его организаціи, въ его извнѣ возбужденныхъ представленіяхъ, въ свою очередь опредѣляющихъ его пожеланія, въ разнообразныхъ особенныхъ видоизмѣненіяхъ его характера, въ силу которыхъ его пожеланія именно направляются на осуществленія данныхъ представленій и данный предметъ разсматривается, какъ объектъ наслажденія, наконецъ, въ случайно извнѣ приходящихъ условіяхъ, дѣлающихъ его особенно чувствительнымъ для опредѣленнаго рода впечатлѣній—во всемъ этомъ заключается основаніе всѣхъ дѣйствій и поступковъ человѣка. Свобода и независимость отъ естественныхъ причинъ есть сверхчувственное отвлеченное понятіе, которое для нашего разсудка не имѣетъ никакого значенія... Безъ цѣли, безъ мотива никто не опредѣляется къ дѣятельности; безъ побужденій ожидаемаго удовольствія или устраняемаго неудовольствія никто не совершитъ преступленіе». Уголовные законы, говорилъ Гольбахъ въ своей Systeme de la nature, — это мотивы, которые, какъ показываетъ намъ опытъ, пригодны поддерживать или уничтожать побужденія, внушаемыя людямъ ихъ страстями. Законы создаются для того, чтобы охранять общество и препятствовать людямъ причинять себѣ вредъ; поэтому они могутъ наказывать тѣхъ, кто вредитъ себѣ подобнымъ, безотносительно къ тому, подчиняются ли они закону необходимости или дѣйствуютъ свободно. Сумасшествіе несомнѣнно есть состояніе непроизвольное и непредотвратимое, однако никто не считаетъ несправедливымъ лишать сумасшедшихъ свободы. Proal, в. с. стр. 389.

2) Первый обзоръ этихъ теорій и отношенія ихъ къ уголовному праву былъ сдѣланъ въ русской литературѣ Н. Неклюдовымъ въ его приложеніяхъ къ учебнику Бернера, стр. 50 и сл.; подробно изложенъ этотъ отдѣлъ въ моемъ курсѣ, 1874 г., I, № 23 и сл.; см. также у Н. Сергѣевскаго, стр. 214 и сл.—Во французской и нѣмецкой литературахъ онъ и нынѣ излагается не въ учебникахъ, а въ монографіяхъ; такъ, напр., ученія матеріализма и предопредѣленія, въ ихъ отношеніи къ уголовному праву, подробно изложены и разобраны у Биндинга во 2-мъ томѣ его Normen 1878 г., § 32 и сл.; Vidal, Principes fondamentaux de la pénalité, 1890 г.; Proal, Le crime et la péne, 1892 г.

тождество явленій природы и дѣйствій человѣка, такъ что лишеніе жизни, учиненное злоумышленникомъ, умалишеннымъ, животнымъ, молніею,—по существу своему представляютъ совершенно сходное явленіе; вторая теорія, напротивъ того, допускаетъ между ними различіе, ища его основанія въ свойствѣ силъ, созидающихъ явленіе, въ различіи условій, при которыхъ возникаетъ извѣстное дѣйствіе, противопоставляя безсознательныя силы силамъ, способнымъ сознавать существо и значеніе производимаго ими.

Особенно многочисленны и разнообразны попытки первой группы, хотя само собою разумѣется, что подробный обзоръ и разборъ ихъ не можетъ имѣть мѣста въ курсѣ уголовнаго права; я приведу только въ видѣ примѣра нѣкоторыя ученія представителей двухъ оттѣнковъ нецессаріанизма: субъективнаго, доказывающаго необходимость человѣческихъ дѣйствій, основываясь на свойствахъ человѣческой организаціи, и объективнаго, защищающаго нецессаріанизмъ на основаніи наблюденій цѣлаго общества и его историческаго развитія.

Наиболѣе старою представительницею перваго оттѣнка является теорія сенсуалистовъ, разработанная въ примѣненіи къ уголовному праву извѣстнымъ нѣмецкимъ юристомъ Гоммелемъ. Гоммель изложилъ свою теорію въ сочиненіи, изданномъ имъ подъ псевдонимомъ Іоха, въ концѣ—XVIII столѣтія, «О наградахъ и наказаніяхъ по турецкимъ законамъ» [1]), въ сочиненіи, которое и нынѣ, несмотря на цѣлое столѣтіе, насъ отъ него отдѣляющее, читается съ большимъ интересомъ, благодаря въ особенности живому, образному изложенію.

Въ природѣ, насъ окружающей, говоритъ Гоммель, мы находимъ непрерывную, тѣсную связь явленій, какъ одновременно существующихъ, такъ и послѣдующихъ. Въ мірѣ конечныхъ явленій нѣтъ причинъ главныхъ и второстепенныхъ, близкихъ и отдаленныхъ, и отъ ничтожнаго, повидимому, факта могутъ произойти міровыя событія. Если бы Богъ, замѣчаетъ Іохъ, долженъ былъ уничтожить какой либо атомъ мірозданія, то и земля, и небо распались бы. А между тѣмъ въ эту цѣпь причинностей вплетена и наша воля, или, правильнѣе говоря, ея проявленія: допустивъ ея безусловную свободу, независимость, не должны ли мы будемъ отказаться отъ признанія тѣсной связи и зависимости всѣхъ прочихъ міровыхъ явленій?

Къ этимъ космическимъ основамъ Гоммель присоединяетъ и психологическія соображенія, построенныя по началамъ ученія сенсуалистовъ о полной зависимости нашего психическаго міра отъ внѣшнихъ впечатлѣній. Изъ ничего не можетъ быть что либо, а потому было бы безсмысленно утверждать, что воля творитъ свое содержаніе безъ достаточныхъ основаній; напротивъ того, опытъ указываетъ намъ, что воля опирается или на животныя побужденія, или на представленія разсудка. Такимъ образомъ, въ волѣ не можетъ быть ничего, чего бы не было въ разсудкѣ, а въ разсудкѣ ничего, чего бы не было въ чувствахъ; душа человѣка, это—tabula rasa, на которой содержаніе вписывается исключительно природою. Воля наша подобна вѣсамъ: она всегда будетъ въ покоѣ, пока впечатлѣнія или представленія ума не наклонятъ ее въ ту или другую сторону; но, подобно вѣсамъ, она не въ состояніи изъ себя произвести тяжесть, нарушающую равновѣсіе. Защитники свободы воли ссылаются на ежеминутно повторяющійся актъ сознанія, но они не могутъ привести ни одного факта, подтверждающаго ссылку; притомъ же, многіе ли изъ защитниковъ этого аргумента дѣйствительно въ него вѣрятъ? Большинство этихъ защитниковъ, остроумно замѣчаетъ Іохъ, увѣряя въ свободѣ своихъ дѣйствій, немедленно затѣмъ готовы бѣжать къ цыганкѣ, чтобы гадать о будущемъ. Все ученіе о природѣ человѣческихъ дѣйствій Іохъ резюмируетъ такимъ стихомъ:

Frei und Sclave, wie man will. Endlich hab'ich es gefunden:
Frei von sichtbarlichem Zwange, bin ich unsichtbar gebunden.

---

1) Alexander von Joch, Ueber Belohnung und Strafe nach türkischen Gesetzen, 1 изд. 1770 г., 2-е 1772 г. Ср. любопытный разборъ этого труда, появившійся еще послѣ перваго изданія: Erstes Sendschreiben an Herrn Alexander von Joch beider Rechte Doctor von Alexander von Frei keiner Rechte Doctor, 1771 г. Разборъ теоріи Іоха былъ сдѣланъ еще Бернеромъ въ его Imputationslehre, стр. 18 и сл.; Неклюдовъ, приложенія, стр. 51.

Единственнымъ источникомъ нашей психической дѣятельности являются ощущенія, воспринятія нашихъ чувствъ; вся остальная психическая дѣятельность сводится къ механическимъ законамъ переработки; отсюда естественный шагъ къ фаталистической теоріи всей космической жизни.

Міровыя явленія не только совершаются по закону достаточной причины, но покоятся на началѣ необходимости. Все, что совершилось, не только было необходимо при данныхъ условіяхъ и въ данное время, но было необходимо безусловно. Отъ вѣчности предопредѣлено каждое событіе и ничто въ мірѣ не можетъ измѣнить теченіе жизни. Если я хочу чего нибудь, то я хочу не только въ силу достаточной къ тому причины, но и въ силу того, что мое хотѣніе такъ же неизбѣжно, какъ паденіе тѣла на землю: оно предопредѣлено заранѣе.

Переходя къ вопросамъ права и нравственности, Гоммель проводитъ и здѣсь то же начало необходимости. Похвала и порицаніе, съ которыми мы относимся къ какому либо факту, не создаются нами, а являются продуктомъ красоты или недостатка и ихъ воздѣйствія на наши чувства; не отъ насъ зависитъ имѣть склонность, любовь или отвращеніе къ чему либо, это возникаетъ помимо нашей воли, какъ смѣхъ и слезы. Въ сердце человѣка вложено, что мы должны любить и награждать то, что укрѣпляетъ человѣческое общество, ненавидѣть и наказывать то, что ему вредитъ. Наше порицаніе, угрызенія совѣсти возникаютъ тѣмъ же путемъ, какъ и отвращеніе къ предметамъ внѣшняго міра: они необходимый продуктъ самыхъ явленій.

Въ человѣкѣ все дано извнѣ. Если ты вѣришь въ Христа, то это не твоя заслуга, а Божья милость, не вѣришь—это только твое несчастье. Ты сдѣлался разбойникомъ не по собственному произволу, а по достаточнымъ причинамъ, ты сдѣлался такимъ, потому что не могъ быть инымъ. Но какъ же объяснить, при такомъ взглядѣ на преступленіе, наказуемость этихъ дѣяній, какъ не тѣмъ же предвѣчнымъ предопредѣленіемъ? Я смотрю на повѣшеніе, говоритъ авторъ, какъ на нѣчто необходимо слѣдующее за извѣстнымъ дѣяніемъ. Какъ же можно повѣсить вора, спрашиваетъ Гоммель, если онъ таковъ по своей природѣ? Зачѣмъ бьешь ты осла за его глупость, отвѣчаетъ онъ на это; зачѣмъ убиваешь волка или бѣдную блоху, такъ какъ и они кровожадны по своей натурѣ? Кто намъ вредитъ, того мы убиваемъ. Дѣйствуешь ли ты несправедливо, убивая бѣшеную собаку? Назовешь ли ты несправедливымъ Бога за то, что онъ допустилъ родиться кому либо слѣпымъ? Конечно, человѣкъ не собака, не блоха, не волкъ, но они сходны въ одномъ: ихъ поступки не могутъ быть имъ вмѣняемы, т. е. не могутъ быть признаны продуктами ихъ свободной воли.

Къ тѣмъ же выводамъ, хотя и по другимъ основаніямъ, приходятъ и другіе представители этого оттѣнка детерминизма. Такъ, френолого-краніоскопическая школа [1]), выходя изъ того положенія, что всѣ наши идеи, наклонности, стремленія соврожденны человѣку, растутъ и развиваются вмѣстѣ съ развитіемъ организма, даже могутъ быть изслѣдуемы и изучаемы путемъ внѣшняго анатомическаго изслѣдованія организма, въ частности путемъ измѣренія и обслѣдованія черепа, его бугровъ и впадинъ, такъ же, какъ и противоположное этой доктринѣ психологическое ученіе сенсуализма, отрицаютъ всякую самобытность человѣческаго ума, всякое значеніе личныхъ психическихъ силъ человѣка. Поэтому, хотя ни основатель френологической теоріи, Галль, ни его послѣдователи, какъ Шеве, не отрицали ни свободы воли, ни уголовной вмѣняемости и отвѣтственности, требуя только, чтобы вся существующая система наказаній была отброшена, такъ какъ она портитъ преступника и

---

1) Указанія на литературу о теоріи френологовъ, въ моемъ курсѣ, I, стр. 40, прим. 63. Наиболѣе полную попытку примѣненія теоріи френологовъ къ уголовному праву сдѣлалъ Данквардтъ въ его Psychologie und Criminalrecht, 1863 г. Ср. также Lavergne, Les forçats considerés pour les rapports physiologiques, 1841; Noel, Grundzüge der Frenologie, 1843. Къ этой же группѣ должна быть отнесена и кефалометрія (теорія черепомѣровъ) Harambert'a, а равно во многихъ отношеніяхъ весьма любопытная Symbolik des menschlichen Gestalt von Karus (2 изд. 1857 г.), пытавшагося установить теорію соотношенія умственныхъ и нравственныхъ проявленій человѣка со всею человѣческою конституціею, во всѣхъ ея подробностяхъ. Ср. о системѣ Галля у Дриля, Молодые преступники, стр. 125 и сл. Franck, Philosophie du droit pénal, ch. V.

физически, и нравственно, относится къ преступному дѣянію, такъ сказать, поверхностно, и допуская сохраненіе тѣхъ карательныхъ мѣръ, которыя даютъ возможность бороться съ преступными наклонностями въ ихъ корнѣ, тѣмъ не менѣе ихъ нужно отнести къ представителямъ чистаго детерминизма. По теоріи френологовъ, преступленіе должно разсматриваться, какъ послѣдствіе несчастнаго развитія однихъ органовъ въ ущербъ другимъ, а потому и является скорѣе анатомическою аномаліею, слѣдовательно, о свободѣ преступной рѣшимости не можетъ быть и рѣчи и слѣдовательно наказаніе должно быть ортопедическою мѣрою, направленною на измѣненіе организаціи преступника, или же должно состоять въ изверженіи его изъ человѣческаго общества, въ уничтоженіи неисправимаго.

Далѣе, къ этой же группѣ должна быть отнесена психіатрическая теорія преступности [1]), бывшая, вмѣстѣ съ предшествующею группою, ближайшимъ родичемъ антропологической школы, признающая преступленіе патологическимъ явленіемъ; теорія, достигающая крайняго предѣла въ извѣстномъ афоризмѣ, что преступленіе есть особенный видъ психическаго разстройства. Особенно подробно развито это ученіе у Деспина въ его трехтомномъ сочиненіи, страдающемъ, несмотря на большой запасъ наблюденій, опытныхъ данныхъ, чисто метафизическимъ построеніемъ и блещущемъ громкими, но безсодержательными фразами. Анализируя психологическія состоянія преступниковъ, говоритъ онъ, мы легко можемъ усмотрѣть ихъ ненормальность, она выражается въ той легкости, съ которою преступники уступаютъ побужденіямъ, долженствующимъ возбудить неодолимое отвращеніе во всякомъ нравственномъ человѣкѣ; эта нравственная болѣзнь должна быть отличаема отъ обыкновеннаго помѣшательства, такъ какъ при этомъ не замѣчается разстройства мозговаго аппарата, преступники пользуются тѣлеснымъ здоровьемъ и ихъ психическое состояніе не наклонно къ ухудшенію, такъ что ихъ безсмысленно помѣщать въ заведенія для умалишенныхъ. Болѣзнь преступниковъ относится къ нравственной сферѣ.

Преступныя пожеланія, склонности, пороки, существуютъ, конечно, у всѣхъ людей, хотя, можетъ быть, и не въ такомъ развитіи, какъ у преступниковъ, но у нравственно здоровыхъ людей всякое безнравственное желаніе, всякая преступная мысль вызываетъ борьбу съ нравственными инстинктами, кончающуюся благопріятнымъ исходомъ. Вотъ эта-то способность къ борьбѣ и отсутствуетъ у преступниковъ; поэтому они и страдаютъ психическою аномаліею, выражающеюся въ слабости или отсутствіи нравственнаго самосознанія, совѣсти. Это состояніе можно назвать нравственнымъ идіотизмомъ. Умственное развитіе и знанія не могутъ уничтожить подобной аномаліи; напротивъ того, умъ, направляемый исключительно дурными страстями, дѣлается тѣмъ опаснѣе, чѣмъ онъ развитѣе. Эта нравственная болѣзнь свойственна всѣмъ преступникамъ, всѣ они нравственно не свободны.

И при этой постановкѣ, очевидно, устраняется различіе вмѣняемости и невмѣняемости, а всѣ поступки, добрые и злые, преступные и непреступные, представляются также подчиненными закону необходимости, какъ и симптомы какого либо тифа, падучей болѣзни и т. п. То же замѣчаніе вполнѣ примѣнимо и къ психіатрической теоріи Томпсона, объясняющаго преступность не столько психическимъ разстройствомъ, сколько психическимъ вырожденіемъ, начинающимся съ дѣтскаго возраста преступниковъ и отражающимся на ихъ физическихъ свойствахъ: слабой золотушной конституціи, неблагопріятномъ развитіи черепа, тупой физіономіи, непропорціональности частей тѣла и т. п.; въ психическомъ и нравственномъ отношеніи преступники отличаются тупоумiемъ, эпилепсіею, наклонностью къ помѣшательству; посѣщая тюрьмы, мы всегда найдемъ въ нихъ тѣ же типы, какъ и въ домѣ умалишенныхъ; причемъ между ними, какъ и между больными, господствуетъ тотъ же законъ наслѣдственности. Такимъ образомъ, всякій преступникъ, являясь прирожденнымъ психическимъ выродкомъ, необходимо, въ смыслѣ юридическомъ, долженъ быть признаваемъ невмѣняемымъ субъектомъ [2]).

---

1) Prospère Despine, Psychologie naturelle, 1868 г. 3 т.; изложеніе его теоріи вмѣняемости было сдѣлано Крафтъ-Эбингомъ въ особой статьѣ въ Allgemeine Strafrechtszeitung за 1871 г., стр. 483; начала этой теоріи были развиты еще Groos'омъ Der Sceptizismus der Freiheitslehre in Beziehung zur strafrechtlichen Theorie der Zurechnung, 1830; ср. Дриль, Молодые преступники, стр. 137 и сл.

2) О теоріяхъ объединенія помѣшательства и преступленія см. также далѣе въ ученіи о душевныхъ болѣзняхъ, какъ причинѣ невмѣняемости.

Наконецъ, къ этой же группѣ должно быть отнесено и ученіе о прирожденномъ преступникѣ итальянской школы антропологовъ. По крайней мѣрѣ, съ такимъ детерминистическимъ характеромъ является эта доктрина у ея основателя Ломброзо, въ особенности въ первомъ изданіи его «Преступнаго человѣка», въ которомъ онъ признавалъ только одинъ преступный типъ—прирожденнаго преступника, а равно и у другихъ, въ особенности крайнихъ представителей этого направленія [1]). Преступникъ, по этому ученію, рѣзко выдѣляется своими анатомическими, психическими и патологическими, соціальными аномаліями изъ окружающей среды; отличается отъ общихъ признаковъ націи, къ которой принадлежитъ; онъ напоминаетъ признаки иныхъ расъ, преимущественно расъ вымершихъ, въ силу чего въ немъ наглядно проявляется теорія атавизма. Изслѣдуя прошлое преступниковъ, ихъ генеалогію, мы найдемъ среди ихъ сородичей, въ ихъ семьѣ, умалишенныхъ, эпилептиковъ, пьяницъ, доказательства ихъ принадлежности къ вырождающемуся классу. Все это даетъ право утверждать, что въ каждомъ обществѣ существуютъ индивидуумы съ преступною организаціею, которые, подъ вліяніемъ космическихъ, физическихъ, а иногда и соціальныхъ условій общественной жизни, необходимо влекутся въ преступную дѣятельность, такъ что для нихъ учиненіе преступленія столь же неизбѣжно, какъ и для всякаго тѣла осуществленіе вѣковѣчныхъ законовъ природы [2]).

Всѣ предшествующія группы—сенсуалисты, френологи, психіатры, антропологи—доказываютъ необходимость актовъ человѣческой дѣятельности, основываясь на аналогіи или сходствѣ этихъ актовъ съ явленіями внѣшняго міра, не предрѣшая вопроса о тождествѣ или различіи силъ, въ нихъ проявляющихся; мало того, большинство писателей этой группы, особенно изъ старыхъ, тщательно защищаются противъ всякихъ обвиненій въ матеріализмѣ, объявляя себя спиритуалистами. Понятно, поэтому, что еще полнѣе должна была примкнуть къ детерминизму школа, указывающая на то, что за формальнымъ сходствомъ процессовъ психическихъ и физическихъ скрывается единство творящихъ ихъ силъ [3]). Жизнь во всѣхъ ея проявленіяхъ, говоритъ эта доктрина, есть результатъ различ-

---

1) Болѣе подробное изложеніе и оцѣнку теоріи антропологовъ см. далѣе въ ученіи о наказаніи.

2) Въ позднѣйшихъ трудахъ Lombroso, вслѣдъ за Ferri, допустилъ нѣсколько типовъ преступниковъ, среди которыхъ человѣкъ-преступникъ является лишь одною изъ разновидностей.

3) Max Stirner, Das Einzige und seine Eigenthum, 1845 г.; Zolbe, Die neue Darstellung des Sensualismus, 1855 г.; Moleschott, Der Kreislauf des Lebens, 1863 г., Büchner, Ueber den Menschen 1870 г.; подробное изложеніе матеріализма и его отношенія къ другимъ философскимъ и психологическимъ доктринамъ у Lange въ его прекрасномъ трудѣ, Geschichte des Materialismus, 2 изд. 1874 г. Особенное значеніе по отношенію къ интересующему насъ вопросу имѣетъ сочиненіе Фишера: Ueber die Freiheit des menschlichen Willens, 2 изд. 1871 г.; Фишеръ, впрочемъ, выходя изъ принциповъ матеріализма, думаетъ согласовать принципъ матеріализма съ принципомъ личной отвѣтственности, причемъ, въ сущности, незамѣтно для себя, переходитъ въ группу теорій закономѣрности. Совпаденіе, говоритъ онъ, нашихъ ощущеній есть основаніе однообразія нашихъ представленій; поэтому, какъ скоро мы оказываемся согласными относительно чувства и страданія, то въ насъ возникаютъ и общія представленія о добрѣ и злѣ, правдѣ и неправдѣ. Такъ какъ въ главныхъ чертахъ люди сходны всегда между собою, то и понятія добра, права, имѣютъ абсолютный характеръ; насколько въ понятіи о благѣ заключается измѣняющееся во времени и по мѣсту понятіе личнаго интереса, настолько и понятія права и нравственности относительны, подлежатъ дѣйствію прогресса и регресса. Относительно индивидуальнаго зла Фишеръ замѣчаетъ, что оно хотя и оказывается естественнымъ явленіемъ, но, подобно тому, какъ человѣческое общество защищаетъ себя противъ явленій природы, защищается оно и противъ злыхъ поступковъ человѣка. Громоотводы, плотины и законы суть сходныя явленія. Въ силу того начала, что человѣкъ всегда дѣйствуетъ по мотивамъ, общество въ своихъ законахъ пытается создать для него основы дѣятельности. Въ человѣкѣ заключается основаніе вины и отвѣтственности, такъ же, какъ въ немъ заключается и источникъ страданія за его органическія болѣзни, источникъ симпатій и антипатій, внушаемыхъ другимъ людямъ; при отвѣтственности за преступленія человѣкъ въ существѣ очень часто отвѣчаетъ за разсѣянность, плохую память, несообразительность и т. п. Наказаніе не можетъ произвести измѣненіе характера человѣка, но оно создаетъ для него мотивъ, который въ будущемъ, при подобныхъ же условіяхъ, можетъ удержать его отъ проступка. Наказаніе есть средство сдѣлать человѣка безвреднымъ для общества.

ныхъ комбинацій матеріи, наступающихъ необходимо тамъ, гдѣ только существуютъ нужные для того элементы, а такъ какъ матерія безусловно подчиняется законамъ физическимъ и химическимъ, то и ея дѣятельность — жизнь, должна носить чисто механическій характеръ.

Болѣе однообразія представляютъ теоріи объективнаго детерминизма, первенствующее мѣсто между коими занимаетъ религіозный детерминизмъ, ученіе предестинаціонистовъ. Начало этого ученія въ христіанскомъ мірѣ восходитъ еще ко времени знаменитаго спора Пелагія и Юліана съ Августиномъ [1]), а затѣмъ въ числѣ защитниковъ ученія о предопредѣленіи мы встрѣчаемъ рядъ выдающихся христіанскихъ мыслителей, какъ Кальвинъ, отчасти Лютеръ, а позднѣе Бональдъ, Жозефъ де-Местръ и др. Исходная точка ученія Августина—идея о непрерывномъ божескомъ управленіи дѣлами міра; все, что совершается въ мірѣ, является не только предзнаемымъ, но и предопредѣленнымъ, что и выражено въ извѣстномъ евангельскомъ изреченіи: «и ни едина отъ нихъ (птицъ) падетъ на землю, безъ Отца вашего; вамъ же и власи главніи всѣ изочтени суть. Не убойтесь убо: многихъ птицъ лучше есте вы» (Матвѣя, 10, 29—31). Допустивъ произвольность человѣческихъ дѣйствій, мы несомнѣнно поколеблемъ предустановленную гармонію, неминуемо придемъ къ отрицанію идеи о божескомъ всемогуществѣ и всевѣдѣніи, поколеблемъ догматъ творенія, истинность пророчествъ, откровеніе Іоанна и т. д. [2]). Очевидно, что этотъ принципъ предопредѣленности всего совершающагося охватываетъ собою и область преступнаго, такъ что преступленія, съ точки зрѣнія ихъ необходимости, отождествляются съ вредомъ, причиняемымъ силами природы, животными и т. д.; но, по мнѣнію предестинаціонистовъ, это положеніе не исключаетъ наказуемости преступниковъ. Человѣкъ не свободенъ, учитъ Кальвинъ, однако онъ отвѣчаетъ за свои дѣянія, потому что первый человѣкъ, совершивъ проступокъ, погубилъ свое потомство. Оттого, по мнѣнію де-Местра, всякое наказаніе, назначаемое властью, справедливо, и въ этомъ отношеніи онъ даже не признаетъ возможности юридическихъ ошибокъ. Наказанія, продолжаетъ онъ, совершенно аналогичны съ болѣзнями, такъ какъ они являются карою за грѣхи наши или нашихъ отцовъ; другими словами, всякое конкретно понесенное наказаніе такъ же предопредѣлено отъ вѣка, какъ и самыя преступленія.

Другіе доводы въ защиту объективнаго детерминизма приводятся изъ данныхъ моральной статистики, а потому весьма нерѣдко въ группу нецессаріанцевъ зачисляютъ и статистиковъ, хотя нельзя не сказать, что при ближайшемъ изученіи трудовъ важнѣйшихъ представителей этого направленія, какъ французскихъ—Кетле, Герри, такъ, еще болѣе, нѣмецкихъ—Вагнера, Ваппеуса, Ловенгардта, Дробиша, Эттингена, мы увидимъ, что, свидѣтельствуя постоянство фактовъ общественной жизни, ихъ законоподчиненность, они не признавали ихъ тождества съ явленіями міра физическаго, они нигдѣ не отрицали значительной роли въ этихъ событіяхъ самой самосознающей человѣческой личности. Такимъ образомъ, Кетле, напр., говоритъ (Physique sociale, II, стр. 316), что онъ вовсе не думаетъ, что человѣкъ ничего не можетъ сдѣлать для своего улучшенія, такъ какъ, несмотря на постоянство явленій, воля человѣческая можетъ измѣнять ихъ... (I, стр. 99). Какъ членъ общества, отдѣльное лицо каждую минуту подчинено общимъ причинамъ и уплачиваетъ имъ обыкно-

---

1) F. Baur, Die christliche Kirche vom Anfang des vierten bis zum Ende des sechsten Jahrhunderts 1863 г., стр. 123—180; объ аналогичномъ спорѣ между суннитами и шіитами см. у S. Meyer, Geschichte des Strafrechts, 1881 г., стр. 184. Спеціальный обзоръ ученія о свободѣ воли съ точки зрѣнія теологической даетъ J. Scholten, Der freie Wille, пер. Monchot, 1874 г.; извлеченія изъ его очерка исторіи борьбы индетерминизма съ детерминизмомъ у Кистяковскаго, § 165.

2) Даже Лютеръ, не принявшій предопредѣленія, какъ догматъ, въ своемъ сочиненіи De servo arbitrio говоритъ, между прочимъ: «защитники свободы воли должны неминуемо жариться въ аду.. Вѣра въ неотвратимую судьбу есть единственное утѣшеніе въ несчастіи. Тѣ, которые думаютъ соединить идею о божескомъ предопредѣленіи съ свободою человѣческой души, глупы и доказываютъ, что не имѣютъ понятія о дѣлѣ. Какъ скоро мы признаемъ, что не существуетъ божьяго руководительства или судьбы, то уничтожается и справедливость, и добродѣтель». Въ другомъ мѣстѣ онъ говоритъ: subjectus et servus est vel voluntatis Dei, vel voluntatis satanae.

венную подать; но, какъ человѣкъ, употребляя всю силу своихъ умственныхъ способностей, оно нѣкоторымъ образомъ господствуетъ надъ этими причинами, видоизмѣняя ихъ дѣятельность и стараясь приблизиться къ лучшему состоянію... (I, стр. 148). Сила, видоизмѣняющая дѣятельность общихъ причинъ, развивается съ развитіемъ человѣческаго разума. Въ силу этой способности, общество, взятое въ различныя эпохи его существованія, оказывается измѣненнымъ; мало того, это вліяніе человѣка отражается даже на дѣйствіи законовъ окружающей насъ природы; даже замѣчаемое нынѣ увеличеніе средней человѣческой жизни зависитъ не столько отъ дѣйствія естественныхъ факторовъ, сколько отъ самого человѣка [1]).

Обсуждая доктрину детерминистовъ съ точки зрѣнія, насъ интересующей, мы увидимъ прежде всего, что, при послѣдовательномъ ея проведеніи, представители этого направленія должны рѣзко расходиться не только съ современною уголовною доктриною, но и съ законодательствами, относительно самаго понятія о вмѣненіи дѣянія извѣстному дѣятелю [2]). Для нихъ существуетъ и можетъ существовать только вмѣненіе физическое, признаніе внѣшняго причиннаго соотношенія между факторомъ производящимъ и произведеннымъ событіемъ, такъ какъ человѣкъ есть простое орудіе, коимъ дѣйствуютъ внѣ его стоящія, могучія, неопреодолимыя силы, а между тѣмъ современное право уголовное, въ отличіе отъ законовъ древнѣйшей формаціи, понятіе уголовнаго вмѣненія опредѣляетъ наличностью не только внѣшней причинной связи, но и внутренней—виновностью. Для послѣдовательнаго детерминиста смерть, причиненная молніею, укушеніемъ бѣшеной собаки, удушеніемъ, которое учинено умалишеннымъ, или выстрѣломъ, сдѣланнымъ съ цѣлью ограбленія убитаго, суть тождественныя событія; единственное различіе, которое можно установить между ними, это отнесеніе одного событія къ результатамъ дѣйствія силъ физическихъ, другаго—къ дѣйствію животнаго и третьяго—къ человѣку; но и это различіе является чисто формальнымъ, и при томъ въ одну общую группу отойдутъ тогда дѣйствія ребенка, умалишеннаго и разбойника. Всякое изслѣдованіе въ теоріи уголовнаго права способности ко вмѣненію и причинъ, ее уничтожающихъ, становится, съ этой точки зрѣнія, въ сущности излишнимъ [3]).

---

1) Ср. подробное изложеніе теоріи статистиковъ въ моемъ курсѣ, I, №№ 30—32. Я ограничился выдержками изъ послѣдняго труда Кетле, какъ объединяющаго всѣ его предшествующія работы, но эти же взгляды онъ проводилъ и въ самыхъ первыхъ своихъ мемуарахъ, въ особенности «De l'influence de libre arbitre de l'homme sur les faits sociaux, 1847 г., въ которомъ онъ свободную волю (libre arbitre) относитъ къ числу causes accidentelles ou perturbatrices. Еще менѣе заслуживаютъ упрека въ фатализмѣ другіе французскіе статистики—Дюфо, Герри. Изъ нѣмецкихъ статистиковъ Вагнеръ отрекается отъ детерминизма и даже говоритъ о согласіи статистическихъ выводовъ съ идеею свободы воли. Но особенно тщательно проведено ученіе о законосообразности, а не о необходимости человѣческихъ дѣйствій у Löwenhardt'a, Die Identität der Moral und Naturgesetze. 1863 г. и у Drobisch'a, Die Moralstatistik und die menschliche Willensfreiheit, 1867 г. Подробныя доказательства того, что данныя моральной статистики не могутъ вести ни къ фатализму, ни къ отрицанію наказанія, приведены у Н. Неклюдова, Уголовно-статистическіе этюды, 1865 г., стр. 8 и сл., хотя ученіе Кетле изложено у него превратно, такъ какъ онъ приписываетъ ему идею неподвижности соціальныхъ факторовъ. Ср. также Schmoller, Ueber die Resultate der Bevölkerungs und Moralstatistik, 1871 г.

2) Ср. Gretener, в. с., стр. 79 и сл.

3) Такъ, Гарофало въ своей Criminologie допускаетъ отвѣтственность наравнѣ съ прирожденными преступниками и душевно-больныхъ преступниковъ, такъ что съ этой точки зрѣнія нѣтъ основаній для различія между психіатрическими заведеніями для такихъ больныхъ и каторгою; любопытно, что къ подобному же выводу приходитъ и Ферри, несмотря на его теорію вмѣняемости, построенную на началахъ закономѣрности, а не нецессаріанизма. Весьма не свободенъ отъ этого упрека и Листъ, который въ статьѣ Die strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit, стр. 76 и сл., отказываясь отъ прежнихъ своихъ воззрѣній, высказываетъ, что такъ какъ вмѣняемость есть способность опредѣляться наказаніемъ (Zurechnungsfähigkeit bedeutet die Empfanglichkeit für die durch die Strafe bezweckte Motivsatzung), и такъ какъ такая возможность существуетъ только для преступниковъ случайныхъ, а не преступниковъ привычки, то къ нимъ только можетъ примѣняться ученіе о вмѣняемости, какъ о способности мотивироваться закономъ. «Пока государство, наказывая, исправляетъ или

Вмѣстѣ съ тѣмъ, теорія детерминизма, такъ же, какъ и доктрина свободной воли, не можетъ послужить базисомъ раціональной теоріи наказанія: преступное дѣяніе является вредоноснымъ, а потому и можетъ вызывать тѣ же послѣдствія, какія вызываютъ прочіе вредоносные акты. Послѣдствія эти могутъ быть или инстинктивныя, или сознательныя. Причиненіе боли рефлективно вызываетъ въ насъ реакцію противъ того, что причиняетъ боль; наказаніе является, какъ и говорилъ Гоммель, такимъ же актомъ, какъ и умерщвленіе укусившей насъ блохи или комара, т. е. наказаніе является грубымъ, безсодержательнымъ возмездіемъ, кровью за кровь и болью за боль, да и то возможнымъ только относительно тѣхъ преступныхъ дѣяній, которыя причиняютъ боль физическую. Мѣры, сознательно принимаемыя въ видахъ устраненія подобной опасности въ будущемъ, могутъ быть, по этой теоріи, двояки: или они могутъ быть физически-предупредительными, какъ, напр., громоотводы по отношенію къ молніи, плотины по отношенію къ разлитію рѣкъ, или физически-истребительными, какъ умерщвленіе бѣшеной собаки, дикихъ звѣрей, сусликовъ, саранчи;

устрашаетъ, для него имѣетъ значеніе отличіе вмѣняемыхъ и невмѣняемыхъ субъектовъ; но если оно въ наказаніи видитъ только мѣру обезпеченія, то самый вопросъ о вмѣняемости утрачиваетъ значеніе. Различіе между охранительнымъ наказаніемъ по отношенію къ неисправимымъ преступникамъ и мѣрами охраны противъ общеопасныхъ душевныхъ больныхъ не только практически недостижимо, но и принципіально несостоятельно (grundsätzlich zu verwerfen)». Примѣненіе смертной казни или каторги (хотя бы и въ отдѣльныхъ помѣщеніяхъ) къ завѣдомо душевнобольнымъ, или наоборотъ, помѣщеніе неисправимыхъ въ такія же комфортабельныя палаты, какъ современныя психіатрическія лечебницы, конечно, упроститъ вопросъ о психіатрической экспертизѣ, но согласится ли вернуться къ такому, думалось, уже пережитому, положенію вещей общественная совѣсть? Въ этомъ сомнѣвается, очевидно, и самъ Листъ (стр. 82), признавая, что законодатель пока (wenigstens heute noch) долженъ считаться и въ этомъ отношеніи съ народными воззрѣніями. Этотъ плодъ увлеченія антропологическими мечтаніями талантливаго криминалиста вызвалъ цѣлый рядъ возраженій, иногда весьма желчныхъ, какъ Binding'a Grundriss 5-oe изд. пр. 1-oe, или Ламмаша, находившаго, что Листъ стремится къ славѣ Герострата. Снисходительнѣе въ своемъ разборѣ Liebmann, Einleitung стр. 97 и сл. A. Höfler издалъ въ отвѣтъ Листу особую брошюру «Sieben Thesen», 1897 г. Отвѣтъ на всѣ возраженія сдѣланъ Листомъ въ L. Z. XVIII, стр. 229—266, причемъ онъ защищаетъ тѣ же положенія: нѣтъ точнаго признака вмѣняемости, нѣтъ точнаго различія между психически здоровыми и психически больными; практическія послѣдствія этого безразличія устранятся, если суду будетъ предоставлено въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ назначать или наказаніе, или мѣры безопасности, или и то и другое вмѣстѣ (стр. 265). Даже Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse 1897 г., на одобрительное мнѣніе котораго указываетъ Листъ, одобряетъ только сдѣланную имъ постановку вопроса, но не его разрѣшеніе. Больное мѣсто всего построенія, помимо общихъ грѣховъ антропологической школы, состоитъ въ неправильной отправной точкѣ. Вмѣняемость, какъ справедливо указываетъ и Либманъ, есть способность быть (юридически) преступникомъ, а не способность осуществлять цѣли, поставленныя государствомъ для наказанія; о вмѣняемости идетъ рѣчь при привлеченіи къ отвѣтственности и установленіи виновности, а не тогда, когда рѣшается вопросъ о выборѣ наказанія. Взявъ, повидимому, за основаніе старую доктрину Фейербаха, способность мотивироваться закономъ, какъ основу вмѣняемости, Листъ приходитъ къ выводамъ, ничего общаго съ Фейербахомъ не имѣющимъ. Если по отношенію къ неисправимымъ преступникамъ, нужно примѣнять только мѣры обезпеченія, то слѣдуетъ ли отсюда, что такой преступникъ не могъ руководствоваться угрозою закона въ моментъ учиненія дѣянія? Тутъ, очевидно, приходится замѣнить понятіе неисправимаго—прирожденнымъ, для котораго, конечно, законъ не писанъ, а затѣмъ рушится и все мечтательное построеніе Листа. Впрочемъ, еще ранѣе Листа, Бенедиктъ въ Zeitschrift Grünhut'a за 1889 г., по поводу итальянскаго проекта высказалъ еще болѣе радикальное пожеланіе: выкинуть изъ уголовнаго законодательства слова «вмѣняемость», «наказаніе» и къ числу формъ репрессіи противъ преступниковъ отнести помѣщеніе въ больницѣ для умалишенныхъ. Ср. Gretener, в. с. стр. 4. Биндингъ въ замѣчаніяхъ на рефератъ Листа спрашиваетъ, какъ относится къ этому построенію союзъ криминалистовъ? Къ сожалѣнію, на лиссабонскомъ съѣздѣ союза 1897 г. нашлось много сторонниковъ воззрѣній Листа—туземныхъ, какъ адвокатъ Мартинеа, провозгласившій основою отвѣтственности опасность учинившаго для общества, и наѣзжихъ (напр. van Hammel), ратовавшихъ за такое упрощеніе теоріи вмѣняемости. Хорошо еще, что это ученіе встрѣтило пространную отповѣдь со стороны H. Joly, ср. Bulletin 1897 г. стр. 468—492.

слѣдовательно, по отношенію къ преступнику могутъ быть примѣняемы или мѣры предупредительныя—изгнаніе изъ государства, вѣчное заточеніе, или истребительныя—смертная казнь [1]).

Притомъ же, будучи послѣдовательными, защитники этой доктрины должны допустить примѣненіе этихъ мѣръ, какъ скоро будутъ обнаружены признаки преступности или преступной организаціи даннаго лица, подобно тому, какъ не будемъ мы дожидаться, для истребленія бѣшеной собаки, чтобы она дѣйствительно искусала кого нибудь. Извѣстенъ анекдотъ о томъ, что Галль посовѣтовалъ въ Берлинѣ держать въ тюрьмѣ одного мальчика всю жизнь, такъ какъ поверхность его черепа свидѣтельствовала о невозможности его исправленія; но не будетъ ли въ такомъ же положеніи и адептъ школы Ломброзо, съ ея анатомическими признаками homo delinquens, когда ему представятъ субъекта съ самою неприглядною генеалогіею, съ привычками и обычаями, свидѣтельствующими о принадлежности его къ расѣ преступниковъ?

Нужно ли доказывать, что на такую упрощенную систему наказуемости не согласится ни одно современное государство, въ особенности, если имѣть въ виду, что рѣчь идетъ не о какихъ либо исключительныхъ злодѣяхъ, а о массѣ преступниковъ, которыхъ въ большихъ государствахъ насчитываютъ ежегодно не десятки, а сотни тысячъ. Правда, нельзя не сказать, что къ такой постановкѣ вопроса о вмѣненіи и наказуемости приходятъ весьма немногіе, такъ сказать, наиболѣе увлекающіеся или прямолинейные представители различныхъ направленій этой группы, а большинство, касаясь вопросовъ нравственности и морали, становятся на болѣе гуманную и раціональную теорію наказуемости, доказывая этою непослѣдовательностью неполноту и односторонность самой теоріи чистаго детерминизма.

Доктрина свободы воли опирается на постулируемый, но не доказываемый психологическій актъ сознанія; детерминизмъ, за исключеніемъ ученія предестинаціонистовъ, опирается на опытъ и наблюденіе, и въ этомъ, несомнѣнно, его сила; но, не вдаваясь въ разборъ и критику опытныхъ основаній его разновидностей, какъ вопроса, лежащаго совершенно внѣ сферы права, нельзя, однако, не замѣтить, что старѣйшія ученія сенсуализма и френологіи признаны современною физіологіею и опытною психологіею односторонними, а потому научно несостоятельными, а болѣе новыя ученія психіатровъ и антропологовъ, помимо спеціальныхъ біологическихъ возраженій, вызываютъ, особенно съ чисто юридической точки зрѣнія, упрекъ въ односторонности, натяжкахъ, въ стремленіи къ ничѣмъ не оправдываемымъ обобщеніямъ, благодаря чему труды основателей этихъ школъ—Деспина и Ломброзо, представляются въ цѣломъ не опытными, а скорѣе метафизическими изслѣдованіями.

Три главные столба подпираютъ ихъ построеніе: психическое разстройство преступниковъ, психическое вырожденіе, какъ результатъ наслѣдственности, и особенная преступная организація—какъ проявленіе атавизма; посмотримъ, насколько непоколебимы эти устои.

Несомнѣнно, что лица, психически ненормальныя, весьма склонны къ страннымъ поступкамъ, къ нарушеніямъ порядка и установленныхъ правилъ, къ неисполненію предъявленныхъ къ нимъ требованій; что многія формы душевныхъ болѣзней проявляются въ насильственныхъ дѣяніяхъ, въ стремленіи къ уничтоженію лицъ и предметовъ; далѣе, несомнѣнно, что потрясеніе, вызванное преступнымъ актомъ, взволнованное состояніе во время розыска, слѣдствія и суда, само по себѣ способно создать психическое разстройство въ лицахъ, къ тому предрасположенныхъ, что подобное же вліяніе можетъ оказать лишеніе

---

1) Hamon, Déterminisme, стр. 229, говоритъ: «человѣчество несомнѣнно идетъ къ тому выводу, къ которому уже пришли тѣ изъ детерминистовъ, которые не боялись логическихъ послѣдствій ихъ ученія: необходимымъ послѣдствіемъ детерминизма является личная безотвѣтственность. Не считаютъ отвѣтственной скалу, которая, обрушиваясь, разрушила то, что встрѣтила на своемъ пути, не считаютъ отвѣтственнымъ тигра, который напалъ и умертвилъ человѣка; нельзя считать отвѣтственнымъ и человѣка, который дѣйствуетъ какъ автоматъ, какъ скала, какъ тигръ. L'irresponsabilité générale, telle est la vérité scientifique». Это положеніе не мѣшаетъ, однако, Гамону признать за обществомъ право реакціи и отсюда вывести право наказывать или реагировать и притомъ какъ по поводу учиненнаго зла, такъ и въ видахъ предупрежденія будущихъ преступленій.

свободы, въ особенности отбываемое долгіе годы; все это даетъ основаніе сказать, что между лицами, совершающими преступное дѣяніе, всегда есть извѣстный процентъ людей ненормальныхъ, душевно-больныхъ, что еще бо́льшій процентъ подобныхъ больныхъ можно найти между подсудимыми, между лицами, сидящими въ тюрьмахъ; но какимъ образомъ можно, обобщивъ это правило, сказать, что все населеніе тюремъ—психически больные, а еще болѣе—какимъ образомъ можно утверждать, что всякое преступное дѣяніе есть продуктъ душевной болѣзни? Не надо забывать, что въ область преступныхъ дѣяній входятъ не одни звѣрскія кровожадныя злодѣянія, а и маловажные проступки и нарушенія; но кто же рѣшится практически утверждать, что всякій обругавшій другаго, закурившій папироску въ недозволенномъ мѣстѣ—умалишенный? Кого же въ такомъ случаѣ признавать психически здоровымъ? Да и между тяжкими преступниками по какому праву мы будемъ признавать душевно-больными убившаго противника на дуэли, или посягнувшаго на жизнь жены, любовницы подъ вліяніемъ ревности и притомъ не фантастической, а имѣющей реальное основаніе? Признавая продуктомъ психическаго разстройства всякое преступное проявленіе своекорыстія, почему не распространимъ мы это положеніе на ростовщиковъ, на участвующихъ въ биржевой игрѣ и т. д.? Да и какое психіатрическое леченіе можно бы было примѣнить къ этой огромной массѣ лицъ, учинявшихъ преступныя дѣянія? [1])

Также съ осторожностью нужно пользоваться и ссылкою на наслѣдственность Хотя народная мудрость и говоритъ, что яблоко не далеко отъ яблони падаетъ, но житейскій опытъ свидѣтельствуетъ намъ, что не всегда дѣти преступниковъ, въ свою очередь, становятся преступниками, и наоборотъ, порочность дѣтей не есть безспорный аргументъ для доказательства порочности родителей. Весьма часто тамъ, гдѣ говорятъ о наслѣдственности, скрывается просто вліяніе среды, воспитанія: сыну преступника несомнѣнно всего легче сдѣлаться преступникомъ, но не потому, что онъ унаслѣдовалъ органически свойства своего отца, а въ силу условій своего дѣтства, примѣра, нужды; притомъ же, если можно говорить объ унаслѣдованіи извѣстнаго темперамента, наклонностей, похотливости, хитрости, коварства, жадности, могущихъ быть мотивами преступной дѣятельности, то можно ли отсюда заключать объ унаслѣдованіи склонности къ грабежу, поджогу, изнасилованію?

Наконецъ, еще неустойчивѣе признаки особой преступной организаціи особаго естественно-историческаго типа человѣка-преступника. Наблюденія, произведенныя антропологическою школою, сравнительно такъ малочисленны, что едва ли можно дѣлать изъ нихъ научные выводы; кромѣ того, наблюденіе численности извѣстнаго типа среди тюремнаго населенія можетъ получить значеніе только при установленіи численности этого типа въ народонаселеніи вообще. Біологическая несостоятельность большинства этихъ такъ называемыхъ типическихъ признаковъ преступнаго человѣка, блистательно доказана спеціалистами, какъ, напр., въ замѣчательномъ трудѣ Бера; да и самая мысль объ отысканіи такого типа, какъ будетъ подробнѣе изложено при разборѣ ученія объ объектѣ карательной дѣятельности, представляется и теоретически и практически малопригодною. А съ признаніемъ несостоятельности ученія объ органическихъ особенностяхъ преступнаго типа, падаетъ и ученіе объ его происхожденіи и теорія атавизма, дѣтства, вырожденія.

Если же признать, что лица, учинившія преступное дѣяніе въ силу психическаго разстройства, наслѣдственности или преступной организаціи, составляютъ только извѣстный процентъ всего числа преступниковъ, напр., преступниковъ по ремеслу или вслѣдствіе привычки, то, конечно, теоретическое и практическое значеніе всѣхъ этихъ ученій значительно возрастаетъ; но за то остается открытымъ вопросъ о вмѣняемости и отвѣтственности прочихъ преступниковъ, не входящихъ въ это процентное число.

102. Предполагаетъ ли, однако, признаніе подчиненія человѣческихъ дѣйствій закону достаточной причины отождествленіе этихъ дѣйствій съ явленіями внѣшняго міра, вызываемыми силами физическими или космическими?

---

[1]) Ср. Joly, Crime, стр. 367.

«Никто не станетъ сомнѣваться въ томъ, говоритъ Джонъ Стюартъ Миллъ [1]), что все, чтобы ни случилось, не могло не случиться, если не было ничего такого, что способно

[1]) Система логики, переводъ Ф. Резенера, 1867 г., книга VI, глава 2-ая, а въ особенности его обзоръ философіи Гамильтона, перев. Хмѣлевскаго, 1869 г., гл. XXVI. Эти сочиненія положены въ основу изложеннаго въ текстѣ ученія о закономѣрности человѣческихъ дѣйствій, какъ основѣ вмѣняемости, общія основанія коего были намѣчены мною еще въ изслѣдованіи о повтореніи преступленій, 1867 г., а затѣмъ подробно развиты въ курсѣ, 1874 г., I, №№ 34 и сл. Не только въ 1867 г., но и въ 1874 г. моя попытка была одинокою среди ученій даже и новыхъ криминалистовъ и мнѣ приходилось ссылаться лишь на авторитетъ Фейербаха и нѣкоторыхъ криминалистовъ конца XVIII вѣка. Теперь картина измѣнилась и въ лагерь правовѣрныхъ, съ моей точки зрѣнія, перешло много крупныхъ представителей, напр., нѣмецкой литературы. А въ новѣйшемъ трудѣ Либманна (стр. 90) мы уже встрѣчаемся съ указаніемъ на то, что индетерминистическая теорія была главною помѣхою въ развитіи этого ученія. «Было время, говоритъ онъ, когда ссылка на индетерминистическую теорію свободы выбора, даже у нашихъ выдающихся криминалистовъ, замѣняла опредѣленіе понятія о вмѣняемости и служила благотворнымъ средствомъ для разрѣшенія многихъ проблемъ, соединенныхъ съ этимъ понятіемъ, но это счастливое время безнадежно исчезло. Индетерминистическое воззрѣніе было для мыслящаго духа такимъ наркотическимъ средствомъ, котораго сила, благодаря продолжительному употребленію, мало по малу изсякла. А въ результатѣ этого оказалась шаткость понятій. Такъ давно привыкли пользоваться идеею «свободы воли», какъ общимъ основаніемъ вмѣненія, что сначала едва замѣтныя, но затѣмъ съ упорной настойчивостью растущія возраженія и сомнѣнія въ истинности этого предположенія, въ концѣ концовъ настолько обезсилили его сторонниковъ, что они оказались не въ состояніи пріискать замѣну потерянному устою». Ту же мысль высказываетъ и Netter. Изъ русскихъ криминалистовъ вполнѣ присоединился къ этому воззрѣнію Н. Сергѣевскій, стр. 206 и сл.; также Th. Hrehorowicz, Grundbegriffe des Strafrechts, 1-е изд. 1878 г., 2-е—1882 г., послѣдній, впрочемъ, повторяя мои соображенія, не упоминаетъ объ источникѣ. Въ новѣйшей германской уголовной литературѣ подобное же воззрѣніе защищаетъ Jancka, Der strafrechtliche Nothstand, 1878 г., § 26; его же, Das österreichische Strafrecht, 1884 г., § 45, изд. 1894 г., § 45; а въ особенности Die Grundlagen des Strafrechts, 1885 г.; въ этой брошюрѣ Jancka дѣлаетъ оцѣнку и новѣйшихъ попытокъ защиты свободы воли, какъ основанія уголовной вмѣняемости—Гельшнера и Биндинга. Непослѣдовательность и противорѣчивость въ построеніи индетерминистической теоріи вмѣняемости, даже у такого строго логическаго писателя, какъ Биндингъ, занимающаго безспорно выдающееся мѣсто между современными криминалистами, свидѣтельствуетъ, что наступаютъ уже послѣдніе часы этой доктрины. А. Либманнъ (стр. 92) даже находитъ, что теорія Биндинга можетъ быть причислена къ индетерминистическому направленію только потому, что таковою считаетъ ее авторъ, такъ какъ основныя условія вмѣненія (а слѣдовательно и вмѣняемости): 1) «способность, связанная съ знаніемъ нормы, т. е. способность разумѣть соотношеніе содержанія хотѣнія и дѣйствія съ требованіями нормы», и 2) «рѣшимость осуществить сознанное проявленіемъ силъ, состоящихъ въ распоряженіи нашей воли, съ пониманіемъ свойства такого проявленія», такъ что человѣкъ долженъ обладать способностью придавать вытекающимъ изъ своего характера побужденіямъ значеніе мотивовъ дѣятельности, — представляются положеніями, вполнѣ раздѣляемыми и сторонниками противоположнаго лагеря. Далѣе, къ защищаемому въ текстѣ направленію примкнулъ A. Merkel въ его разборѣ послѣдняго труда Гельшнера, Das gemeine deutsche Strafrecht, помѣщенномъ въ L. Z., I, стр. 553 и сл., Lehrbuch, стр. 52, 72. По поводу Меркеля Янка замѣчаетъ (стр. 23): «присоединеніе къ этому направленію Меркеля, изслѣдователя права, отличающагося общеизвѣстною проницательностью и глубиною взгляда и общепризнанною осторожностью въ сужденіи о сомнительныхъ вопросахъ, должно быть признано чрезвычайно важнымъ фактомъ». Любопытно, что Неттеръ, говоря, что Меркель постановкою вопроса о вмѣняемости сдѣлался реформаторомъ уголовнаго права, даже не упоминаетъ о Янкѣ. Къ этому же направленію примыкаетъ Bünger въ его статьѣ, указанной выше, въ L. Z. за 1887 г.; Jellinek, Die social-ethische Bedeutung vom Recht, Unrecht und Strafe, стр. 62 и сл.; Zurcher, Hartz, Mittelstädt, Glaser, Liszt (въ первыхъ изданіяхъ учебника), даже ближайшій послѣдователь Биндинга—A. Finger, какъ въ его статьѣ, Zur Begründung des Strafrechts, 1887 г., такъ и въ его учебникѣ; Rée, Die Illusion der Willensfreiheit, ihre Ursachen und Folgen, 1885 г.; Druskowitz, Wie ist Verantwortung und Zurechnung ohne Annahme der Willensfreiheit möglich? 1887 г.; L. Diffenbach, Die Willensfreiheit und die deutsche Rechtswissenschaft insbesondere die Strafrechtslehre, 1889 г.; Horn, Die Kausalitätsgesetz, 1893 г.; Dol-

бы было помѣшать случившемуся; но весьма часто не довольствуются этимъ, а прибавляютъ еще, что и безполезно противиться тому, что будетъ: оно случится, какъ бы мы ни старались этому воспрепятствовать. Часто слишкомъ злоупотребляютъ сходствомъ силъ, управляющихъ дѣйствіями человѣка, съ силами природы, коихъ результаты дѣйствительно неотвратимы, и переносятъ атрибуты одного отношенія на другое. Между тѣмъ, когда мы говоримъ, что всѣ человѣческія дѣйствія происходятъ необходимо, мы подразумѣваемъ только, что они навѣрное случатся, если ничто тому не помѣшаетъ, а утверждая, что кто не получитъ пищи, тотъ необходимо умретъ съ голода, мы думаемъ, что это непремѣнно случится, чтобы мы ни дѣлали въ предупрежденіе указаннаго слѣдствія . . . Въ жизни весьма немногіе вѣрятъ, и еще меньшее число дѣйствительно чувствуетъ, что въ причинности не заключается ничего, кромѣ неизмѣнной, достовѣрной и безусловной послѣдовательности; напротивъ, воображеніе наше старается представить намъ всегда существованіе какой-то болѣе тѣсной связи, какого-то таинственнаго принужденія, производимаго предыдущимъ на послѣдующее». Между тѣмъ, только различая эти виды проявленія закона причинности, мы можемъ составить вѣрное представленіе объ окружающемъ насъ мірѣ. Во-1-хъ, мы встрѣчаемъ въ немъ предметы царства неорганическаго, лишенные самодѣятельности и саморазвитія, всецѣло подчиненные дѣйствію внѣшнихъ, для нихъ безусловно принудительныхъ, законовъ; во-2-хъ, предметы царства растительнаго, обладающіе саморазвитіемъ, проявляющіе, кромѣ законовъ внѣшнихъ, и законы внутренніе ихъ собственнаго органическаго бытія; наконецъ, въ-3-хъ, предметы царства животнаго, въ которыхъ къ двумъ первымъ категоріямъ силъ, ими управляющихъ, физическихъ и органическихъ, присоединяются еще силы психическія: инстинктъ, сознаніе, мышленіе. Ничтожныя въ низшихъ представителяхъ этого царства, составляющихъ какъ бы переходъ отъ растеній къ животнымъ, эти психическія силы получаютъ все болѣе и болѣе значенія, чѣмъ выше поднимаемся мы по іерархическимъ ступенямъ животныхъ организмовъ, и достигаютъ господства и преобладанія въ человѣкѣ, какъ въ послѣднемъ звенѣ творенія: въ немъ ихъ проявленія получаютъ даже какъ бы качественно отличную форму—самосознаніе, разумность, проявляемыя какъ въ сферѣ теоретической—мышленіи, такъ и въ сферѣ практической—хотѣніи.

---

mann, Dié Wissenschaft und das Strafrecht, 1892 г.; Träger, Wille, Determinismus, Strafe, 1894 г.; Calker, Strafrecht und Ethik, 1897 г.; Liebmann, въ Einleitung in das Strafrecht, 1900 г.; Netter, Das Princip der Vervollkommnung, 1900 г. Но не мало крупныхъ литературныхъ именъ встрѣчаемъ мы и среди новѣйшихъ нѣмецкихъ защитниковъ индетерминизма: Hälschner, Strafrecht, I, стр. 494 и сл., 533 и сл.; Holtzendorf, Bar, v. Buri, Birkmayer, Lammasch; Lamezan, Willensfreiheit und Zurechnung, 1882 г.; Witte, Die Freiheit des Willens, 1882 г.; H. Meyer, Die Willensfreiheit und das Strafrecht, 1890 г. и въ учебникѣ § 2; Pfenninger, Grenzbestimmungen, стр. 92; Ortloff, Die Verneinung der Willensfreiheit im Determinismus. L. Z. XIV, № 3 и 4. Во Франціи, какъ въ учебникахъ, такъ и въ монографической литературѣ спеціальнаго уголовнаго права преобладаетъ и нынѣ индетерминистическое направленіе. Но многіе изъ трудовъ соціологическаго и антропологическаго направленія становятся на почву закономѣрности человѣческихъ дѣяній. Levi-Brülh, L'idée de responsabilité, стр. 46, находитъ, что вопросъ о свободѣ и несвободѣ человѣческихъ дѣйствій не имѣетъ значенія при опредѣленіи судьею отвѣтственности; на этой же точкѣ зрѣнія стоитъ—Prins въ своей «Science». Напротивъ того, въ Италіи, въ особенности между писателями антропологическаго направленія, преобладаетъ детерминистическій взглядъ. Ferri въ его Sociologie criminelle, стр. 262 и въ болѣе раннемъ трудѣ La teoria dell imputabilita e la negazione del libero arbitrio, 1878 г., излагаетъ теорію, вполнѣ сходную съ защищаемою мною и притомъ не только по существу, но даже и по изложенію, (хотя, разумѣется, и безъ знакомства съ моимъ курсомъ и лекціями; такое же замѣчаніе дѣлаетъ пр. Сергѣевскій, стр. 207, пр., относительно построенія этого ученія у Jancka и нѣкоторыхъ другихъ новыхъ нѣмецкихъ писателей), но затѣмъ мы расходимся съ уважаемымъ авторомъ во взглядахъ на сущность и условія виновности и отвѣтственности. Я отмѣчаю это несомнѣнно случайное сходство и не только постановки, но и формы изложенія вопроса у писателей разныхъ литературъ, въ почти одновременно появившихся трудахъ—у меня 1867 г. и 1874 г., у Янка—1878 г., у Ферри—1878 г., какъ признакъ времени, какъ проявленіе побѣды положительнаго метода разработки вопросовъ уголовнаго права надъ метафизическимъ.

Но, относя человѣка къ третьей высшей группѣ, мы, конечно, не можемъ утверждать, чтобы каждое его дѣйствіе было проявленіемъ самосознанія, такъ какъ въ жизни человѣка мы можемъ уловить рядъ процессовъ и явленій, не зависящихъ отъ его воли. Стоитъ только вспомнить процессы, совершающіеся въ насъ подъ вліяніемъ тепла, свѣта, закона тяжести, рядъ физіологическихъ и патологическихъ явленій въ организмѣ, наконецъ, цѣлую серію такъ называемыхъ рефлективныхъ движеній, въ родѣ улыбки, вызываемой щекотаніемъ, въ опусканіи вѣкъ при скоромъ приближеніи чего либо блестящаго къ нашимъ глазамъ и т. п. [1]).

Такимъ образомъ, дѣйствія человѣка распадаются на двѣ категоріи: подчиненныя вліянію нашего сознанія и независимыя отъ него [2]). Обѣ эти группы сливаются въ одно цѣлое, благодаря наличности въ нихъ родоваго признака—подчиненія закону достаточной причины; они сходны въ томъ, что то, что совершилось въ данномъ мѣстѣ, въ данное время и при данныхъ обстоятельствахъ, всецѣло опредѣлилось тѣми условіями, при которыхъ оно совершилось. Но рядомъ съ этимъ сходствомъ, между двумя категоріями человѣческихъ дѣйствій существуетъ и не менѣе важное различіе, заключающееся въ характерѣ причинъ, ихъ вызывающихъ. Силы физическія и органическія сами по себѣ неизмѣнны и неуничтожаемы; даже въ тѣхъ случаяхъ, когда человѣкъ или общество отдаляетъ или устраняетъ проявленіе какой либо физической силы, они достигаютъ этого не путемъ измѣненія самой силы, а только созданіемъ, или наоборотъ, устраненіемъ такихъ условій, которыя могутъ задержать, измѣнить или содѣйствовать ея проявленію. Иными представляются силы психическія, проявляющіяся въ актахъ воли. Дѣйствія, являющіяся продуктомъ воли, какъ свидѣтельствуетъ намъ опытъ, предполагаютъ непремѣнно наличность мотива, направляющаго волю. Такой мотивъ или является прямымъ результатомъ впечатлѣнія, произведеннаго чѣмъ либо на лицо дѣйствующее, или же возникаетъ какъ нѣчто отличное и даже противоположное этому впечатлѣнію, обосновываясь данными сознанія этого лица, его характеромъ, настроеніемъ. Выборъ мотива дѣятельности, въ свою очередь, зависитъ отъ разнообразныхъ причинъ: отъ степени энергіи самаго впечатлѣнія, отъ большей или меньшей впечатлительности субъекта, отъ его нервной организаціи, отъ большаго или меньшаго развитія привычки сдерживать первое побужденіе и подвергать его всестороннему разсмотрѣнію, отъ объема тѣхъ представленій, свѣдѣній, идей, которыя могутъ быть употреблены даннымъ лицомъ при обсужденіи впечатлѣнія и т. д. [3]). Однимъ словомъ, какъ замѣчаетъ Маудсли, для признанія возможности волимыхъ дѣяній необходимы два элемента: во-1-хъ, извѣстная сумма идей и способность пользованія ими, при помощи ихъ сочетанія или противоположенія; во-2-хъ, выработка личности или характеръ, который давалъ бы средства сдѣлать рѣшительный выборъ между борящимися мыслями и желаніями; но оба эти элемента, очевидно, не представляютъ чего либо неизмѣннаго, абсолютнаго: сумма свѣдѣній и идей можетъ обогащаться, разнообразиться, способность вдумываться, сдерживаться, можетъ развиваться, характеръ можетъ вырабатываться и крѣпнуть, причемъ мы не должны забывать, что характеръ вырабатывается не только тѣмъ, что окружаетъ человѣка, но и его самодѣятельностью, работою надъ самимъ собою; а потому можетъ подлежать измѣненію какъ путемъ воздѣйствія общественныхъ силъ, такъ и путемъ саморазвитія [4]).

---

1) См. примѣры такихъ явленій, не подчиненныхъ волѣ, у Сѣченова, Психологическіе этюды, 1873 г.

2) Ср. обстоятельное изложеніе механики волевой дѣятельности человѣка у Hamon, в. с., стр. 14 и сл.

3) По выраженію Шопенгауера, законъ причинности, господствующій въ природѣ у животныхъ и человѣка, получаетъ соотвѣтственное выраженіе въ законѣ мотиваціи, какъ условія дѣятельности.

4) Ферри, Sociologie, стр. 282, говоритъ: «человѣкъ дѣйствуетъ какъ машина, но онъ не организованъ таковою. Онъ машина въ томъ смыслѣ, что онъ воспроизводитъ въ своихъ дѣйствіяхъ только то, что онъ получаетъ отъ среды физически и морально; онъ, какъ и всякое живущее существо, есть машина переработки силы, подчиненная всеобщему закону причинности, въ силу чего, при наличности извѣстнаго сочетанія силъ физическихъ, физіологическихъ и психологическихъ, онъ можетъ реагировать только опредѣленнымъ способомъ. Но человѣкъ не организованъ машиною, какъ неорга-

Все вышесказанное можетъ быть примѣнимо и къ спеціальному виду жизненныхъ явленій—къ посягательствамъ на нормы права въ ихъ реальномъ бытіи. Причиненіе вреда или поставленіе въ опасность охраненнаго интереса могутъ происходить отъ дѣйствія силъ природы, отъ животнаго, отъ человѣка. Въ послѣдней группѣ, въ свою очередь, мы можемъ различать три типа: дѣйствія, учиненныя безъ всякаго участія психическихъ силъ; дѣйствія, учиненныя при участіи психическихъ силъ, но дѣятельность коихъ признается ненормальною или даже патологическою, больною, и, наконецъ, дѣйствія, учиненныя при участіи нормальныхъ психическихъ силъ.

Всѣ эти вредоносныя дѣйствія заключаютъ въ себѣ общія черты сходства, а потому и вызываютъ общія сходныя послѣдствія.

Всѣ они сходны въ томъ, что одинаково подчинены закону достаточной причины. Каждое изъ нихъ совершилось, потому что существовала сумма причинъ и условій, сумма извѣстныхъ предыдущихъ, которая его вызвала. Съ этой стороны, и дѣйствія человѣка, какъ добрыя, такъ и злыя, полезныя и вредныя, а въ частности и преступныя, подобно всѣмъ міровымъ явленіямъ, безусловно подчинены закону причинности; мы не можемъ сказать, что извѣстное преступное дѣяніе могло быть или не быть: оно должно было совершиться, какъ скоро существовала извѣстная сумма причинъ и условій, общественныхъ и индивидуальныхъ, его созидающихъ.

Въ своихъ послѣдствіяхъ всѣ они сходны въ томъ, что, благодаря ихъ вредности или опасности, общество старается загладить или уничтожить послѣдствія, ими вызванныя, а въ особенности предупредить повтореніе ихъ.

Но различіе въ предыдущихъ, создающихъ эти дѣйствія, отражается и на вызываемой ими общественной дѣятельности. Въ тѣхъ случаяхъ, когда проявившіяся въ нихъ силы сами по себѣ неизмѣнны, какъ силы физическія или физіологическія, общество, желая устранить вызываемыя ими послѣдствія, дѣйствуетъ не на самыя силы, а на условія ихъ проявленія; тамъ, гдѣ эти дѣйствія суть продуктъ ненормальнаго или патологическаго психическаго состоянія лица [1]), общество принимаетъ мѣры двоякаго рода: насколько самыя причины этого рода подлежатъ устраненію и измѣненію, оно стремится къ устраненію или измѣненію ихъ лѣченіемъ, воспитаніемъ, насколько же самыя силы являются неизмѣнными, напр., относительно неизлѣчимыхъ больныхъ, оно дѣйствуетъ на условія ихъ проявленія, устраняетъ возможность причиненія ими вреда; наконецъ, тамъ, гдѣ дѣйствіе является продуктомъ нормальной психической дѣятельности, продуктомъ сознанія и хотѣнія, общество дѣйствуетъ въ интересахъ охраны общественнаго правопорядка на самое лицо мѣрами карательными—наказаніемъ [2]).

Только при этомъ взглядѣ на существо преступныхъ дѣяній возможно построеніе раціональной теоріи наказанія, не только понимая подъ наказаніемъ осуществленіе животнаго инстинкта мести, или гарантію общественнаго спокойствія, но и разсматривая его, какъ спеціальный видъ борьбы съ преступностью, какъ въ общественныхъ, созидающихъ ее условіяхъ, такъ и въ самомъ непосредственномъ ея источникѣ, т. е. въ лицѣ, какъ дѣятелѣ. Насколько преступное дѣяніе является продуктомъ условій, лежащихъ въ самомъ соціальномъ организмѣ, общество можетъ бороться съ нимъ, измѣняя условія своего быта;

ническій предметъ, уже потому, что онъ организмъ живой, своеобразно реагирующій на внѣшнія вліянія, постоянно опредѣляемый силами физическими и физіологическими, но измѣняющійся у каждаго лица, въ каждый моментъ, смотря по различной комбинаціи самыхъ силъ. Поэтому, несмотря на отрицаніе свободы воли, человѣкъ не дѣлается автоматомъ, подчиненнымъ слѣпому фатализму.

1) Эти дѣйствія лежатъ какъ бы посрединѣ между несознательными, рефлективными и сознательными, волимыми. По формѣ, это дѣятельность сознательная, по содержанію—безсознательная; дѣйствія человѣка въ существѣ становятся рефлективными, хотя, повидимому, ихъ мотивы являются послѣдствіемъ психической дѣятельности.

2) Ср. также Н. Сергѣевскій, в. с., стр. 219—220.

насколько же въ немъ проявляется индивидуальная воля, оно можетъ противодѣйствовать ему наказаніемъ [1]).

103. Подводя итогъ всему вышеизложенному, я прихожу къ слѣдующимъ выводамъ.

Введеніе въ законную формулу вмѣняемости метафизическаго критерія, т. е. признака свободы воли, вноситъ въ область уголовнаго права понятіе, вызывающее нескончаемый споръ и борьбу во всѣхъ отрасляхъ человѣческаго знанія.

При такой постановкѣ, крайне труднымъ является разрѣшеніе вопроса о вмѣняемости въ отдѣльныхъ конкретныхъ случаяхъ, когда эксперту, а за нимъ и суду, придется установлять и доказывать свободу или несвободу воли подсудимаго.

Самое разрѣшеніе вопроса о вмѣняемости въ смыслѣ признанія критеріемъ таковой наличность въ дѣйствующемъ по собственному почину и изъ себя свободной воли, представляется теоретически невѣрнымъ и практически непригоднымъ: теоретически—потому, что принятіе бездоказательнаго положенія о свободѣ человѣческихъ дѣйствій противорѣчитъ неоспоримому господству закона достаточной причины во всей области конечныхъ явленій; практически—потому, что, съ принятіемъ принципа самоизвольности человѣческихъ дѣйствій, устранялась бы возможность раціональной карательной дѣятельности государства, а она являлась бы простымъ отмщеніемъ, возмездіемъ.

Разрѣшеніе же этого вопроса въ смыслѣ отрицанія свободы воли легко можетъ привести къ механической теоріи человѣческой дѣятельности, къ отождествленію ея съ проявленіемъ силъ физическихъ и физіологическихъ, а вмѣстѣ съ тѣмъ также и къ отрицанію раціональной теоріи наказуемости, приводя по необходимости, къ признанію наказаніемъ, подъ видомъ мѣръ обезвреженія, проявленіе животныхъ инстинктовъ.

Наконецъ, если, выходя изъ теоріи закономѣрности человѣческихъ дѣйствій, мы выдѣлимъ въ группу свободныхъ дѣяній тѣ, которыя, оставаясь закономѣрными, были продуктомъ сознательнаго направленія психической дѣятельности, то вопросъ о критеріи вмѣняемости въ существѣ останется открытымъ, или же придется въ законѣ установлять признаки, отдѣляющіе вмѣняемыя закономѣрныя дѣйствія отъ невмѣняемыхъ.

Эти недостатки метафизической формулы заставляютъ отдать съ точки зрѣнія законодательной предпочтеніе формулѣ позитивной, основанной на понятіи уголовной виновности и ея элементахъ [2]).

Посягательства на охраненный нормами интересъ, учиненныя какимъ

---

[1]) Merkel, § 28, замѣчаетъ, что и теорія причинности, какъ и теорія детерминизма, признаетъ свободу человѣческихъ дѣйствій, но первая понимаетъ подъ нею возможность дѣйствовать согласно съ своею индивидуальностью, а вторая—возможность дѣйствовать не согласно съ таковою и даже вопреки ея сущности.

[2]) Ср. въ особенности Merkel, Lehrbuch: § 26—Begriff der Zurechnung; § 27—Begriff der Schuld, и § 28—Schuld und Willensfreiheit.

либо лицомъ, какъ было не разъ указано, могутъ быть вмѣнимы учинившему или невмѣнимы, причемъ вмѣнимыми почитаются тѣ, въ коихъ, кромѣ причинной связи дѣйствія и послѣдствія, выражается виновность лица, и которыя, поэтому, ставятся ему на счетъ, признаются наказуемыми. По спеціальной терминологіи уголовнаго права, вмѣненіе лицу преступнаго дѣянія означаетъ признаніе лица не только учинившимъ это дѣяніе, но и виновнымъ въ этомъ дѣяніи, а потому уголовно-отвѣтственнымъ; безъ вины нѣтъ отвѣтственности и нѣтъ вмѣненія.

Такимъ образомъ, разсуждая о томъ, кто можетъ быть субъектомъ преступнаго дѣянія, мы, съ формальной стороны, можемъ отвѣтить на это: тотъ, кто способенъ быть виновнымъ, а потому и отвѣтственнымъ. Но, однако, при этомъ мы не должны забывать, что если лицо, не обладающее способностью быть виновнымъ, не можетъ учинить конкретнаго дѣянія, которое ему было бы вмѣнимо, то отсюда нельзя дѣлать противоположнаго вывода, что лицо, способное быть виновнымъ, по отношенію ко всякому учиненному имъ дѣянію, всегда и безусловно должно быть признаваемо виновнымъ: могутъ быть такія обстоятельства, при наличности коихъ лицо, способное ко вмѣненію, можетъ въ данномъ случаѣ учинить дѣяніе, ему не вмѣнимое, какъ, напр., дѣяніе, учиненное вслѣдствіе принужденія отъ непреодолимой силы, или случайное дѣяніе [1]). Но такъ какъ, по существу своему, уголовная вина и основанное на ней вмѣненіе въ вину извѣстнаго факта, подробный разборъ коихъ будетъ сдѣланъ мною далѣе, предполагаетъ не только виновность физическую, но и виновность психическую—наличность или умысла, или неосторожности, то и способнымъ ко вмѣненію можетъ быть тотъ, кто способенъ дѣйствовать умышленно или неосторожно (doli et culpae capax).

Далѣе, такъ какъ умышленною виною мы называемъ такую, въ коей лицо, сознавая совершаемое и его результаты, сознавая, что оно посягаетъ на приказъ или запретъ юридической нормы, направляетъ свою дѣятельность по этому пути, или, по крайней мѣрѣ, безразлично относится къ этимъ послѣдствіямъ своего дѣйствія, а подъ неосторожною виною мы понимаемъ тѣ случаи преступнаго посягательства, когда виновный могъ и долженъ былъ усмотрѣть преступныя послѣдствія своего дѣйствія или бездѣйствія, но въ данномъ случаѣ не усмотрѣлъ таковыхъ, а потому и не сознавалъ совершаемаго имъ правонарушенія, то поэтому субъектами преступнаго дѣянія могутъ быть только лица, сообразно вышесказанному, обладающія способностью сознавать совершаемое и его результаты и способностью.

---

1) Оттого въ нашей литературѣ, по примѣру нѣмецкой, выработались два термина: вмѣняемость (Zurechnungsfähigkeit) и вмѣнимость (Zurechenbarkeit); первый означаетъ качество лица, его способность совершать дѣянія, которыя ему ставятся въ вину, а второй—свойство дѣянія, наличность въ немъ такихъ условій, благодаря коимъ оно можетъ быть поставлено въ вину лицу, его совершившему; самый же процессъ поставленія дѣянія въ вину мы называемъ вмѣненіемъ (Zurechnung). Ср. Geyer, Grundriss, § 27. Возраженія Биндинга, Normen, II, стр. 39, противъ этого различенія, основывающіяся на томъ, что для судьи имѣетъ значеніе только вопросъ о вмѣнимости, а не о вмѣняемости, даже и съ практической стороны не вполнѣ вѣрны, такъ какъ убійство, учиненное умалишеннымъ, и случайное лишеніе жизни, учиненное психически здоровымъ человѣкомъ, отличаются другъ отъ друга и по своимъ практическимъ послѣдствіямъ, по отношенію къ дѣятелю. Ср. Hälschner, стр. 204, пр. 1.

оцѣнивать не только физическое, но и нравственное и правовое значеніе дѣянія и руководствоваться сознаннымъ, или, общимъ образомъ, обладающія способностью сознательно опредѣляться къ дѣйствію [1]).

Таковъ именно критерій, принятый въ нашемъ уголовномъ уложеніи, но выраженный въ отрицательной формѣ: «не вмѣняется въ вину преступное дѣяніе, учиненное лицомъ, которое не могло, во время учиненія дѣянія, понимать свойства или значенія имъ совершаемаго, или руководить своими поступками».

Проектируя эту формулу, принятую и редакціонною комиссіею, а затѣмъ оставленную безъ измѣненія и при обсужденіи проекта въ особомъ совѣщаніи при мин. юстиціи и въ Государственномъ Совѣтѣ, я привелъ въ объяснительной запискѣ слѣдующія соображенія:

Дѣеспособность или способность къ вмѣненію предполагаетъ, прежде всего, способность дѣйствовавшаго познавать условія и свойства совершеннаго имъ поступка, познавать его отношеніе къ окружающему насъ внѣшнему міру, къ правамъ и интересамъ другихъ лицъ, способность уразумѣвать велѣнія и запреты закона. Такимъ образомъ, первымъ условіемъ вмѣняемости по уложенію является способность сознавать свойство и значеніе совершаемаго, причемъ выраженіе «свойство» относится къ физическимъ условіямъ совершаемаго, а «значеніе» къ его соціальному и юридическому характеру. Но одна эта способность не исчерпываетъ вмѣняемости. Преступное дѣяніе относится не къ области мышленія, а къ области дѣятельности, и для его вмѣненія въ вину совершившему необходимо, чтобы виновный, сознавая совершаемое, руководился или могъ руководиться сознаннымъ, т. е. для вмѣняемости необходимо, чтобы вмѣстѣ со способностью сознавать виновный обладалъ и способностью руководиться сознаннымъ. Обѣ эти способности, какъ указываетъ жизненный опытъ, развиваются или парализируются не одновременно: мы можемъ, напр., встрѣтить дѣтей, имѣющихъ надлежащія понятія не только о свойствѣ ихъ дѣйствій, но и объ ихъ запрещенности, и въ то же время неспособныхъ противостоять первому охватившему ихъ порыву, неспособныхъ управлять своими дѣйствіями, сообразно съ пріобрѣтенными уже ими понятіями и идеями; точно также психіатрія указываетъ намъ на нѣкоторыя формы психическихъ страданій, при которыхъ процессы мышленія совершаются вполнѣ нормально, но порывается надлежащее соотношеніе между мышленіемъ и дѣятельностью. Способность руководить своими поступками не можетъ существовать, какъ скоро не существуетъ способности сознавать совершаемое, но не наоборотъ.

---

[1]) Въ этомъ отношеніи, замѣчаетъ Jancka, Strafschuld, стр. 35 и сл., и детерминисты могутъ сказать, что источники воли и дѣятельности лежатъ исключительно въ человѣкѣ, въ его внутренней природѣ, но эти источники вытекаютъ изъ человѣческой природы не какъ волшебные фонтаны, которые, по непонятному произвольному усмотрѣнію, вращаются и измѣняются, но всегда согласно съ ея существомъ, всегда съ неотвратимою необходимостью, благодаря чему они соприсущи этой природѣ человѣка... Детерминистъ этого направленія вполнѣ можетъ говорить о самоопредѣляемости; мало того, только онъ одинъ можетъ утверждать это съ достаточнымъ основаніемъ, такъ какъ только для него одного индивидуальность, самосущность (das eigentliche Selbst), «Я» есть дѣйствительно опредѣляющее.

Сходно обрисована формула вмѣненія и въ вышеприведенныхъ постановленіяхъ новыхъ кодексовъ итальянскаго и болгарскаго, а равно и въ проектѣ норвежскаго уложенія.

Первою своею частью формула уложенія относится къ сферѣ познавательной, второю къ сферѣ волевой. Познавательный моментъ предполагаетъ: сумму накопленныхъ и переработанныхъ впечатлѣній внѣшняго міра, знаніе; получившія извѣстное развитіе упорядоченныя мыслительныя силы организма и образовавшуюся и окрѣпшую способность вызывать взаимодѣйствіе сознанія съ одной и воспринимаемыхъ впечатлѣній съ другой — способность вникать, сопоставлять, соображать и т. д. Волевой моментъ предполагаетъ: накопленную путемъ жизненнаго опыта привычку и умѣнье приспособлять накопленныя знанія къ дѣятельности; развившіяся и окрѣпшія волевыя (опредѣляющія дѣятельность) силы организма, способность возбуждать проявленіе характера по отношенію къ возникшимъ или возбужденнымъ стремленіямъ къ дѣятельности, способность устранять, сдерживать, развивать или усиливать переходъ пожеланій въ дѣятельность.

Обладаніе способностью ко вмѣненію должно быть констатировано по отношенію ко времени учиненія преступнаго дѣянія. Поэтому указаніе на психическое разстройство подсудимаго, предшествовавшее учиненію имъ этого дѣянія или послѣдовавшее за нимъ, само по себѣ взятое, не можетъ имѣть никакого вліянія на вмѣненіе даннаго поступка [1]).

Такая постановка вопроса вмѣняемости, какъ способности быть уголовно-виновнымъ, а потому и отвѣтственнымъ за свои поступки, предрѣшаетъ возбуждающій споръ вопросъ о такъ называемой уменьшенной вмѣняемости [2]). Нѣтъ никакого сомнѣнія, что какъ способность сознавать и понимать окружающія насъ явленія, такъ и способность оцѣнивать сознанное, допускаютъ весьма различные оттѣнки, значительно измѣняющіеся какъ коли-

---

1) Листъ (§ 36) замѣчаетъ: «существенное значеніе при этомъ имѣетъ тотъ моментъ, въ которомъ были предприняты тѣлесныя движенія, приводящія въ движеніе естественныя силы (den Naturcausalismus in Bewegung setzende körperliche Bewegung), но безразлично душевное состояніе дѣятеля въ то время, когда приведенныя ими въ дѣйствіе силы обнаружили свою дѣятельность или когда наступили результаты... Кто отравляетъ колодецъ и затѣмъ напивается пьянъ, остается уголовно-отвѣтственнымъ, если предположенное имъ лицо напилось изъ отравленнаго колодца въ то время, когда виновный находился въ состояніи полнаго опьяненія; кто направляетъ умалишеннаго на учиненіе преступленія, признается учинившимъ дѣяніе въ состояніи вмѣняемости, хотя бы умалишенный выполнилъ преступленіе въ то время, когда психическій виновникъ дѣянія находился въ глубокомъ снѣ».

2) См. литературныя указанія въ моемъ курсѣ, I, прим. 108; также Гельшнеръ, Das deutsche Strafrecht, § 103; H. Meyer, стр. 416; Bruck, § 90; Liszt, § 36; Jancka, § 46. Въ особенности господствовало ученіе объ уменьшенной вмѣняемости въ обще-нѣмецкомъ правѣ; такъ, напр., Клейншродъ въ Systematische Entwickelung, § 43, различалъ: вмѣненіе на ¼, ½, ¾ и т. д., понимая подъ этимъ, очевидно, степени наказуемости. Изъ новыхъ криминалистовъ, въ защиту такого состоянія высказываются: Миттермайеръ, Гейеръ, Шварце, у насъ Спасовичъ. Гретенеръ, в. с., стр. 168 и сл., хотя и высказывается за внесеніе въ кодексъ постановленій объ уменьшенной вмѣняемости, но понимаетъ подъ нею уменьшенную по психическимъ особенностямъ дѣйствующаго отвѣтственность, и полагаетъ, что предѣлы вліянія такого состоянія выгоднѣе опредѣлить въ законѣ, а не предоставлять усмотрѣнію судьи. Отъ понятія уменьшенной вмѣняемости необходимо отличать состояніе сомнительной вмѣняемости (zweifelhafte Seelenzustände).

чественно, такъ даже и качественно; эти оттѣнки могутъ имѣть вліяніе на отвѣтственность; но, тѣмъ не менѣе, эти состоянія, относясь къ мѣрѣ отвѣтственности, не могутъ разсматриваться, какъ особый видъ или даже особый оттѣнокъ вмѣняемости, такъ какъ въ этомъ отношеніи существуетъ только двоякая возможность: или признать, что въ данномъ случаѣ существуютъ условія, устраняющія вмѣняемость, или установить, что таковыя отсутствуютъ. Въ первомъ случаѣ виновный освобождается отъ отвѣтственности, во второмъ—подлежитъ наказанію; признать какое либо третье, посредствующее состояніе мы не можемъ ни теоретически, ни практически.

Мнѣ даже думается, что внесеніе въ законъ особаго постановленія объ уменьшенной вмѣняемости, какъ обстоятельствѣ, обязательно вліяющемъ на уменьшеніе отвѣтственности [1]), наравнѣ съ покушеніемъ, незначительнымъ пособничествомъ, отбытіемъ части наказанія и т. п., представляется не только излишнимъ, въ виду общаго права суда признавать заслуживающимъ снисхожденія, но и не желательнымъ, по своей неопредѣленности и односторонности. Съ одной стороны, глупость, опьяненіе, душевная неуравновѣшенность и т. д. имѣютъ такъ много степеней и оттѣнковъ, что самые предѣлы уменьшенной вмѣняемости представляются слишкомъ слабо очерченными, а съ другой—далеко не всегда въ подобныхъ состояніяхъ можно пріискать основанія для уменьшенія наказанія. Нравственное притупленіе, психическая неуравновѣшенность, психическое вырожденіе, могутъ проявиться въ такихъ кровавыхъ злодѣяніяхъ, что даже самые крайніе сторонники антропологопсихіатрическихъ воззрѣній на преступность не рѣшаются рекомендовать въ этихъ случаяхъ снисходительности, а предлагаютъ по отношенію къ нимъ болѣе или менѣе крутыя мѣры охраны. Въ прежнихъ законодательствахъ такое постановленіе могло еще имѣть значеніе, въ виду абсолютной или приближающейся къ абсолютной относительной санкціи закона, но и это значеніе утратилось, благодаря значительности простора, предоставленнаго суду при выборѣ мѣры отвѣтственности.

Большинство новыхъ кодексовъ—германскій, венгерскій, голландскій, а равно и кодексъ французскій не содержатъ никакихъ постановленій по этому предмету, но итальянское уложеніе въ ст. 47 говоритъ о такомъ ослабленіи умственной дѣятельности, которое значительно уменьшаетъ отвѣтственность (attenuer grandement, во фр. пер.), но не устраняетъ ее, причемъ въ законѣ указанъ и самый объемъ смягченія наказанія; точно также проектъ швейцарскаго уложенія (2 ч., ст. 11) указываетъ, какъ на причину уменьшенія отвѣтственности, на поврежденіе (beeinträchtigt) психическаго здоровья или сознанія и на недостаточное умственное развитіе; но и въ томъ и въ другомъ кодексѣ это трудно уловимое понятіе является не условіемъ невмѣняемости, а лишь въ законѣ указаннымъ обстоятельствомъ, уменьшающимъ отвѣт-

---

1) Сторонниковъ этого мнѣнія особенно много въ Германіи, но это объясняется тѣмъ, что по германскому уложенію признаніе наличности уменьшающихъ вину обстоятельствъ допускается далеко не при всѣхъ преступныхъ дѣяніяхъ. Ср. Liebmann, стр. 108; Prins, Science, № 278, для группы лицъ съ уменьшенною вмѣняемостью предполагаетъ особыя мѣста заключенія «les établissements de préservation».

ственность, въ швейцарскомъ проектѣ, впрочемъ, съ предоставленіемъ возможности помѣщать такихъ вмѣняемыхъ и въ психіатрическія лечебницы. Наше уголовное уложеніе вовсе не говоритъ объ уменьшенной вмѣняемости, предоставляя опредѣленіе вліянія такихъ психическихъ дефектовъ на мѣру отвѣтственности усмотрѣнію судьи.

104. Переходя ко второй части формулы уголовной вмѣняемости, т. е. къ разсмотрѣнію отдѣльныхъ состояній, исключающихъ способность ко вмѣненію, мы должны, прежде всего, свести ихъ къ опредѣленнымъ группамъ.

Уложеніе о нак., изд. 1885 г., въ ст. 92 и сл., указывало семь такихъ состояній, но не давало никакого внутренняго основанія дѣленія; уголовное уложеніе, въ виду практическихъ интересовъ, сводитъ всѣ эти состоянія къ тремъ категоріямъ: недостаточность умственнаго развитія, болѣзненное разстройство душевной дѣятельности и безсознательное состояніе, и, сверхъ того, отдѣльно говоритъ о малолѣтствѣ и несовершеннолѣтіи.

Но, при теоретическомъ изслѣдованіи этого вопроса, я полагалъ бы удержать систему дѣленія, принятую мною еще въ моемъ курсѣ [1]). Такъ какъ невмѣняемость можетъ зависѣть или отъ того, что условія вмѣняемости еще не наступили, или отъ того, что они утратились, то и состоянія невмѣняемости могутъ быть сведены къ двумъ главнымъ типамъ: 1) невмѣняемость, происходящая отъ ненаступленія надлежащаго психическаго развитія, и 2) невмѣняемость, происходящая отъ потери лицомъ достигнутаго уже имъ надлежащаго психическаго развитія.

Въ первой группѣ состояній невмѣняемости далѣе можно различать: а) неразвитость, зависящую отъ естественныхъ условій развитія человѣческаго организма, а именно отъ его малолѣтства; б) неразвитость, обусловленную ненормальнымъ состояніемъ организма, его болѣзненнымъ недоразвитіемъ,—напр., безуміе, глухонѣмота, и, наконецъ, в) неразвитость, зависящую отъ вредно дѣйствующихъ условій жизненной обстановки.

Во второй группѣ можно различать: а) психическія болѣзни въ тѣсномъ смыслѣ; б) болѣзненныя состоянія организма, производящія психическое разстройство, и в) ненормальныя состоянія организма, вліяющія на психическую дѣятельность [2]).

Психическое недоразвитіе. 1) Малолѣтство [3]). Познаніе явленій окружающаго насъ міра, внутренней ихъ связи, обнаруживается не вдругъ, съ

---

1) Вып. I, № 45 и сл.

2) Сходную классификацію, хотя и болѣе дробную, принимаетъ Крафтъ-Эбингъ, Психопатологія, стр. 64. Онъ различаетъ: 1) недостигнутую еще зрѣлость тѣлеснаго и душевнаго развитія лица; 2) задержку въ развитіи мозга; 3) болѣзненные процессы вполнѣ уже развитаго мозга или душевныя болѣзни; 4) вліянія вырожденія, и 5) скоропреходящія разстройства душевныхъ состояній.

3) Ср. литературныя указанія въ моемъ курсѣ, I, пр. 126; см. также соотвѣтствующіе отдѣлы въ учебникахъ, особенно подробно изложенъ этотъ отдѣлъ въ курсѣ Thigy, № 72 и сл., который включаетъ его въ болѣе обширное ученіе о защитѣ дѣтей. Изъ спеціальныхъ русскихъ монографій можно указать: Н. Колосовскій, О значеніи возраста въ области уголовнаго вмѣненія, Архивъ Калачева 1859, кн. I; Н. Неклюдовъ, Статистическій опытъ изслѣдованія физіологическаго значенія раз-

первымъ проявленіемъ умственной жизни человѣка, а мало по малу, вмѣстѣ съ постепеннымъ развитіемъ способности вникать и запоминать. Эта постепенность развитія относится какъ къ познанію сущности и взаимныхъ отношеній явленій окружающаго ребенка міра физическаго, такъ и къ выдѣленію изъ этихъ явленій его собственной дѣятельности, познанію самого себя и своихъ отношеній къ внѣшнему міру и, наконецъ, къ уразумѣнію явленій общественной и государственной жизни, и чѣмъ сложнѣе извѣстное явленіе, тѣмъ позднѣе обнаруживается въ ребенкѣ способность къ его пониманію.

Точно также постепенно развивается въ человѣкѣ и другое условіе уголовной отвѣтственности—способность дѣлать оцѣнку сознаннаго, дѣлать выборъ между различными побужденіями, обращающимися въ мотивы дѣятельности. Притомъ обѣ эти способности развиваются не одновременно и далеко не всегда параллельно.

Мыслительная дѣятельность, проявляющаяся въ поступкахъ ребенка, охватываетъ, по преимуществу, только ближайшія условія дѣянія, ему непосредственно предшествующія и непосредственно за нимъ слѣдующія, а оцѣнка побужденій и выборъ между ними предполагаютъ развитіе способности сознавать связь явленій болѣе отдаленныхъ, способность всесторонняго обсужденія факта. Оттого характеристикою младенческаго возраста является крайняя живость впечатлѣній и ихъ перемѣнчивость. Всякое явленіе всецѣло поглощаетъ вниманіе ребенка и онъ весь отдается первому охватившему его порыву; но за то это впечатлѣніе и исчезаетъ столь же быстро, какъ и появляется: ребенокъ переходитъ къ новому явленію, исключительно сосредоточивающему на себѣ его внимательность.

На этомъ основаніи и доктрина, и законодательство, одинаково признаютъ, что уголовная отвѣтственность начинается въ ребенкѣ гораздо позднѣе его рожденія—со времени проявленія въ немъ сознанія общественныхъ обязанностей и пониманія несоотвѣтственности съ этими обязанностями своихъ поступковъ въ данномъ случаѣ.

Признавая такимъ образомъ, что только съ наступленіемъ отрочества можетъ появиться способность къ правовой и нравственной оцѣнкѣ дѣянія,

---

личныхъ возрастовъ человѣческаго организма по отношенію къ преступленію. 1865; А. Богдановскій, Молодые преступники, 1 изд. 1870 г. и 2 изд. 1872 г.; мое изслѣдованіе объ отвѣтственности малолѣтнихъ преступниковъ по русскому праву, 1872 г.; А. Кистяковскій, Молодые преступники, 1878 г.; его же, Постановленія русскаго уголовнаго права о молодомъ возрастѣ по отношенію его къ вмѣненію, Ю. В. 1881 г., № 9; Е. Альбицкій и А. Шпренъ, Исправительно-воспитательныя заведенія для несовершеннолѣтнихъ преступниковъ 1893; Н. Добрынинъ, О вліяніи юнаго возраста на преступность, Ж. М. Ю. 1898, № 3; Красовскій, о малолѣтнихъ преступникахъ 1898. Изъ позднѣйшей иностранной литературы можно указать: Baumert, Ueber die Zurechungsfähigkeit und Bestrafung der jugendlichen Personen. 1877 г.; Lacroix, Sur la criminalité infantile, 1880. Querenet, Etude sur la condition du mineur devant loi pénale française, 1881 г.; Raux, Etude sur l'enfance coupable, 1890; Roussel, Rapport sur les protections des enfants, 1889; Föhring, Die Gesetzgebung d. deutsch. Reichs und die deutschen Einzelstaaten, betrefend die Zwangserziehung, 1890; Aschrott, Die Behandlung der verwahrloster und verbrecherischen Jugend, 1892; Appelius, Die Behandlung jugendlicher Verbrecher und verwahrloster Kinder, 1892; Lenz, Zwangserziehung in England, 1894; K. Slupecki, Die Lehre von den jugendlichen Verbrechern; 1896; и въ особенности любопытный трудъ L. Ferriani, Minderjährige Verbrecher, 1896, üb. v. Ruhemann; A. Zucker, Schuld und Strafe der jugendlichen Verbrecher, 1899; Morisson, Jugendlicher Uebertreter, 1900.

а равно и способность къ руководству своими поступками, мы не можемъ не признать, что у малолѣтняго этого возраста, хотя бы и перешедшаго предѣлы невмѣняемости, понятія о добрѣ и злѣ, о запрещенномъ и незапрещенномъ, все-таки крайне шатки, и что его характеръ находится въ зачаточномъ состояніи. Достаточно весьма незначительныхъ побужденій, чтобы увлечь формирующагося юношу на дорогу, противоположную его собственнымъ понятіямъ объ обязанностяхъ, а къ этому присоединяется еще сильное вліяніе развивающихся страстей, начало половой зрѣлости; плотскіе инстинкты, проявляющіеся въ созрѣвающемъ организмѣ, развивающіяся силы, не направляемыя разумно дѣйствующею средою, воспитаніемъ, — легко могутъ сдѣлаться источникомъ преступной дѣятельности. Жизненный опытъ и уголовная статистика подтверждаютъ эти соображенія. Безпомощность малолѣтнихъ, нерѣдко предоставленныхъ самимъ себѣ еще въ ту эпоху, когда ихъ нравственный міръ только складывается и крѣпнетъ, или, еще хуже, жизнь въ такой средѣ, подъ такими вліяніями, которыя стараются подавить всѣ зачатки нравственности; матеріальная обстановка, съ раннихъ лѣтъ вынуждающая отказываться отъ удовлетворенія не только естественнаго стремленія къ удовольствію, но даже и требованій организма, развивающагося, требующаго усиленной поддержки, однимъ словомъ, отсутствіе всякаго нормальнаго нравственнаго питанія, вотъ причины преждевременной и къ сожалѣнію все болѣе и болѣе растущей преступности, которыя выясняются намъ, когда мы взглянемъ на составъ тѣхъ классовъ общества, изъ которыхъ появляются юные преступники, и на характеръ учиняемыхъ ими преступныхъ дѣяній [1]).

Эти особенности отрочества, даже и въ томъ случаѣ, когда малолѣтній будетъ признанъ обладающимъ вмѣняемостью и отвѣтственнымъ за учиненное имъ, не могутъ не отразиться на характерѣ примѣняемыхъ къ нимъ взысканій. Отрочество—возрастъ школьный, возрастъ подготовки къ будущей дѣятельности, а потому и мѣры, къ нимъ примѣнимыя, должны имѣть по преимуществу воспитательный, а не карательный характеръ. Такимъ образомъ, отрочество предполагаетъ замѣну общихъ карательныхъ мѣръ спеціальными.

Но, подобно тому, какъ переходъ отъ дѣтства къ отрочеству совершается не вдругъ, а мало по малу, и совершается различно не только у отдѣльныхъ дѣтей, но даже и у одного и того же ребенка, по отношенію къ отдѣльнымъ преступнымъ дѣяніямъ, такъ и переходъ отъ отрочества къ зрѣлости наступаетъ постепенно. Вдумчивость, разсудительность, сдержанность развиваются шагъ за шагомъ. Поэтому между отрочествомъ и зрѣлостью, какъ теорія, такъ и большинство законодательствъ, ставятъ еще одну ступень возрастнаго развитія—юность. Признавая полную вмѣнимость преступныхъ

---

[1]) Ср. мое изслѣдованіе о малолѣтнихъ. Съ 1852—1863 гг. во Франціи на 1000 дѣтей, помѣщенныхъ въ пріютахъ было, между мальчиками, дѣтей: зажиточныхъ родителей—27, живущихъ личнымъ трудомъ—564; не имѣющихъ занятій—203, преступниковъ—96, неизвѣстнаго состоянія—110; между дѣвочками—15, 478, 241, 157 и 109. На 1000 преступниковъ было учинившихъ: кражи—574; нищихъ и бродягъ—159, всѣхъ прочихъ—267. Ср. подробное изложеніе факторовъ преступности малолѣтнихъ у Ферріани стр. 54—244.

дѣяній лицамъ этого возраста, признавая даже возможнымъ примѣненіе къ нимъ, за немногими исключеніями, общихъ наказаній, законодательства допускаютъ для такихъ лицъ болѣе или менѣе значительное смягченіе отвѣтственности; они обращаютъ вниманіе на то, что способность увлекаться, дѣйствовать подъ вліяніемъ страстнаго порыва, далеко не полная самостоятельность, относительная слабость силъ физическихъ и т. п., не могутъ оставаться безъ вліянія на наказуемость.

Такимъ образомъ, юный возрастъ преступника играетъ въ правѣ уголовномъ роль весьма разнообразную: въ эпоху дѣтства возрастъ устраняетъ какъ вмѣняемость, такъ и привлеченіе къ отвѣтственности въ порядкѣ уголовнаго суда; въ эпоху отрочества возрастъ служитъ основаніемъ или невмѣняемости и уголовной безотвѣтственности, или же замѣны наказанія исправительно-воспитательными мѣрами, когда судъ, установивъ виновность малолѣтняго въ приписываемомъ ему дѣяніи, установивъ наличность условій вмѣняемости по отношенію къ подсудимому, опредѣливъ размѣръ той отвѣтственности, которой онъ долженъ бы былъ подлежать, будучи взрослымъ, замѣняетъ таковую согласно закону; въ эпоху юности возрастъ служитъ основаніемъ особаго смягченія уголовной отвѣтственности[1]), которой подлежалъ бы виновный за учиненное дѣяніе, если бы былъ взрослымъ. Но какъ же установляются границы между этими періодами?

Переходъ отъ дѣтства къ отрочеству, отъ отрочества къ юности и отъ послѣдней къ возмужалости, имѣетъ, какъ указываютъ намъ жизненный опытъ и данныя психологіи, чисто индивидуальный характеръ. Онъ обусловливается, съ одной стороны, организмомъ ребенка: одни дѣти растутъ и физически и умственно быстро, другія развиваются медленно, запаздываютъ; съ другой стороны, на это развитіе вліяетъ среда, въ которой находится ребенокъ, болѣзни, которыя ему пришлось перенести, климатъ, условія жизни и т. п. Поэтому, казалось бы, что законъ не можетъ установлять a priori эти предѣлы, а долженъ предоставить опредѣленіе ихъ суду по обстоятельствамъ отдѣльнаго случая. Такую систему дѣйствительно защищаютъ нѣкоторые, хотя и немногіе криминалисты, какъ, напр., изъ нѣмецкихъ Эгиди, Іонъ, изъ французскихъ Гарро (№ 201), и она проводится отчасти въ нѣкоторыхъ кодексахъ. Такъ, кодексы французскій и бельгійскій, установляя предѣльный срокъ отрочества 16 лѣтъ, какъ предѣлъ замѣны наказанія и постановки особаго вопроса о разумѣніи, вовсе не знаютъ какого либо опредѣленнаго срока, до котораго бы признавалось существованіе періода безусловной невмѣняемости, предоставляя благоразумію прокуратуры установленіе того возраста, до котораго ребенка нельзя привлечь къ суду. Но эта система встрѣтила сильныя порицанія со стороны такихъ авторитетовъ, какъ Росси, Эли, Ортоланъ, Тири, справедливо доказывавшихъ, что чрезъ это

---

1) Примѣчаніе 1 къ ст. 213 т. X, ч. I, говоритъ: «лица, моложе 17 лѣтъ, именуются «малолѣтними», а отъ 17—21 года «несовершеннолѣтними»; но это различіе въ названіяхъ не соблюдается въ нашемъ правѣ. Я выбралъ другую терминологію именно потому, что сроки основныхъ типовъ по уложенію не совпадаютъ съ сроками гражданскими, да и самыхъ періодовъ три, а не два. Уголовное уложеніе также не держится терминологіи гражданскихъ законовъ.

создается слишкомъ большой произволъ для обвинительной власти и дѣлаются возможными факты появленія на скамьѣ подсудимыхъ дѣтей 5, 6 лѣтъ, какъ это подтверждается данными французской статистики[1]), а нечего и говорить, что подобные факты противорѣчатъ логикѣ, возмущаютъ общественную совѣсть, не говоря уже о томъ вредѣ, который причиняется малолѣтнему привлеченіемъ къ суду[2]).

Напротивъ того, другіе новые европейскіе кодексы, а равно и наше уложеніе, прямо въ законѣ установляютъ сроки, отдѣляющіе періоды возраста другъ отъ друга.

Выборъ этихъ предѣльныхъ сроковъ можетъ быть сдѣланъ или на основаніи какого либо, а priori выбраннаго, начала, или же на основаніи житейскаго опыта.

Примѣръ дѣленія перваго рода представляетъ такъ называемая система климатерическихъ періодовъ, господствовавшая въ медицинскихъ сочиненіяхъ древности, въ особенности у Гиппократа, а позднѣе защищаемая Кабанисомъ и изъ криминалистовъ—Ортоланомъ (№ 281). Ея исходный пунктъ тотъ, что чрезъ каждыя семь лѣтъ всѣ матеріальные элементы, изъ которыхъ составляется тѣло человѣческое, возобновляются, а вмѣстѣ съ тѣмъ обновляется и организмъ человѣческій, какъ въ физическомъ, такъ и въ нравственномъ отношеніи. Доктрина эта, отразившись еще въ римскомъ правѣ, въ школѣ прокуліанцевъ, вліяла затѣмъ не только на средневѣковое законодательство, но отчасти и на кодексы новаго времени, въ особенности на наше уложеніе 1845 г., раздѣлившее весь юношескій возрастъ на три періода: до 7 лѣтъ, отъ 7 до 14 и отъ 14 до 21 года. Но не говоря уже о научной несостоятельности самой гипотезы Гиппократа, эта система оказалась непригодною и на практикѣ, такъ что уже при изданіи уложенія отроческій возрастъ пришлось подраздѣлить на два—отъ 7—10 и отъ 10—14 лѣтъ, а послѣ изданія судебныхъ уставовъ установлено подраздѣленіе и возраста юношескаго на двѣ эпохи—отъ 14—17 и отъ 17—21 года.

Другая теорія требуетъ, чтобы возрастные предѣлы установлялись путемъ опыта, съ принятіемъ во вниманіе не только психологическихъ и физіологическихъ условій развитія, но и этнографическихъ и культурныхъ данныхъ; чтобы законодатель отыскалъ среднюю норму, которая въ данной мѣстности, въ данную эпоху опредѣляла бы переходъ отъ одного періода къ другому; затѣмъ бралъ срокъ крайняго, запоздалаго (хотя и не психически-болѣзненнаго) развитія, и между этими двумя предѣлами выбиралъ числовой терминъ, причемъ въ государствахъ, совмѣщающихъ различныя условія климатическія и общественныя, могло бы быть допущено видоизмѣненіе сроковъ,

---

1) Съ 1841—1865 г. между подсудимыми было: на шестомъ году—4, на седьмомъ—3, на восьмомъ—5, на девятомъ—11 и на десятомъ—21, а всего, моложе десяти лѣтъ—44 человѣка. Ortolan, Elémenls, № 301, указываетъ, что въ 1850 г. ребенокъ 6 лѣтъ былъ судимъ по обвиненію въ убійствѣ своего товарища 4-хъ лѣтъ, причемъ свидѣтелемъ былъ ребенокъ 4-хъ лѣтъ; въ защиту французской системы—Требюсьенъ, Гарро. Но проектъ французскаго уложенія вводитъ періодъ безусловной невмѣняемости—до 10 лѣтъ.

2) Вѣрныя замѣчанія по этому поводу у Гельшнера, стр. 219; ср. Ферріани, в. с., стр. 33 и сл.

сообразно съ мѣстными условіями [1]). Нельзя, однако, не прибавить, что большинство даже новѣйшихъ кодексовъ въ выборѣ предѣловъ не держится никакихъ раціональныхъ основаній. Это доказывается, съ одной стороны, различіемъ сроковъ, принятыхъ, напр., въ двухъ сосѣднихъ странахъ, повидимому стоящихъ въ одинаковыхъ климатическихъ и культурныхъ условіяхъ, а съ другой, тѣмъ, что часто въ государствахъ южныхъ установляются сроки предполагаемаго созрѣванія болѣе поздніе, чѣмъ въ сѣверныхъ, вопреки всякимъ раціональнымъ воззрѣніямъ на вліяніе климата [2]).

105. Обращаясь къ разсмотрѣнію отдѣльныхъ эпохъ возраста и имѣя въ виду преимущественно наше право, я начну съ дѣтства.

Предѣльный срокъ эпохи безусловной невмѣняемости, исключающей возможность привлеченія къ суду, въ западныхъ законодательствахъ ставится различно. Такъ, германскій и венгерскій кодексы и проектъ австрійскаго уложенія ставятъ этимъ предѣломъ 12 лѣтъ [3]), кодексъ голландскій—10 лѣтъ, итальянское уложеніе 9 лѣтъ, проекты норвежскій, и швейцарскій—14 лѣтъ, а кодексы французскій и бельгійскій—вовсе не знаютъ этого срока.

Въ древнихъ памятникахъ нашего свѣтскаго законодательства мы не находимъ никакихъ постановленій объ отвѣтственности малолѣтнихъ; умалчиваетъ объ этомъ и уложеніе Алексѣя Михаиловича [4]). Только въ новоуказныя статьи 1669 г. вносится изъ градскихъ законовъ постановленіе: «аще отрокъ седми лѣтъ убіетъ, то не повиненъ есть смерти». Въ воинскомъ уставѣ Петра Великаго въ толкованіи на артикулъ 195 говорится: «наказаніе за воровство обыкновенно умаляется или весьма оставляется, ежели... воръ будетъ младенецъ, который, дабы заранѣе его отъ сего отучить, можетъ отъ родителей своихъ лозами наказанъ быть».

Въ такомъ неопредѣленномъ положеніи оставался вопросъ о малолѣтнихъ долгое время. Въ 1742 г. (п. с. з. № 8601) Сенатъ вмѣстѣ съ президентами коллегій разсматривалъ дѣло 14-ти-лѣтней крестьянки Федоровой, обвиняемой въ убійствѣ, и при этомъ указалъ, что малолѣтство, какъ для мужскаго, такъ и для женскаго пола нужно считать до 17 лѣтъ и что таковыхъ нельзя подвергать тѣмъ же наказаніямъ, какъ и взрослыхъ. Малолѣтніе не могли подвергаться ни смертной казни, ни пыткѣ, ни кнуту; для нихъ эти наказанія замѣнялись сѣченіемъ плетьми и отдачею въ монастырь на исправленіе, для употребленія ихъ тамъ на всякія тяжелыя монастырскія работы, чтобы они никогда праздны не были, а по освобожденіи изъ монастырей повелѣвалось ихъ отсылать въ тѣ мѣста, откуда кто при-

---

1) Римское право различало еще полъ малолѣтнихъ, считая эпоху созрѣванія для дѣвушки 12, а для мальчика 14 лѣтъ, потому, какъ объясняли глоссаторы, напр., Accursius, что «mala herba citius crescit, quam bona».

2) Ср. историческій обзоръ важнѣйшихъ иностранныхъ законодательствъ въ моемъ курсѣ, № 50; ср. сравнительную таблицу сроковъ въ различныхъ законодательствахъ у Альбицкаго, стр. 12.

3) Въ Германіи нѣкоторые криминалисты, какъ, напр., Wächter, Deutsches Strafrecht, 1881 г., стр. 134, находятъ, что установленіемъ 12-ти-лѣтняго срока слишкомъ расширяется періодъ безусловной невмѣняемости. Гретенеръ, в. с. стр. 145, прим., указываетъ, что и Бернеръ въ послѣднихъ изданіяхъ своего учебника высказался противъ 12-ти-лѣтняго срока, какъ высокаго, основываясь на указаніяхъ практики. Эти возраженія нѣсколько ослабѣли послѣ закона 1876 г. объ охранительныхъ мѣрахъ по отношенію малолѣтнихъ преступниковъ.

4) Попытка Н. Неклюдова, Приложенія стр. 350, доказать, что и по уложенію малолѣтніе до 15 лѣтъ не подлежали отвѣтственности въ уголовномъ порядкѣ, не подтверждается источниками. Ср. Гореглядъ, Опытъ начертанія, 1815 г. стр. 105 и сл.; въ законахъ церковныхъ указанія на малолѣтство встрѣчаются издавна; равнымъ образомъ, такія указанія встрѣчаются въ западно-русскихъ источникахъ: въ судебникѣ Казиміра 1468 г., въ Литовскомъ статутѣ 1565 г.

сланъ, а изъ тѣхъ мѣстъ отсылать ихъ въ прежнія жилища, гдѣ быть имъ вѣчно, и ни къ какимъ дѣламъ не опредѣлять, а при томъ выпускѣ имъ накрѣпко на письмѣ подтвердить, чтобы они то свое прегрѣшеніе памятовали до смерти и впредь бы отъ подобныхъ тому продерзостей весьма остерегались; буде и затѣмъ паки явятся въ такихъ же продерзостяхъ, то съ ними поступлено будетъ по государственнымъ правиламъ безо всякія пощады. За меньшія же преступленія они или вовсе освобождались отъ отвѣтственности или мѣра ихъ наказанія значительно смягчалась. Это мнѣніе Сената было передано на заключеніе Синода, который разсматривалъ вопросъ вмѣстѣ съ Сенатомъ въ 1744 г. и нашелъ, что и меньше 17 лѣтъ человѣкъ довольный смыслъ имѣть можетъ, а потому и принялъ вмѣсто семнадцати двѣнадцать лѣтъ.

Но, кажется, ни тѣ, ни другія предположенія не получили практической силы, какъ это можно видѣть изъ указовъ Сената 31 Марта и 18 Сент. 1763 г., изъ которыхъ первый заявлялъ, что въ тюрьмахъ сидятъ много малолѣтнихъ и ожидаютъ рѣшенія, а изъ второго, въ которомъ помѣщено нѣсколько рѣшеній Сената, видно, что Сенатъ отнесъ къ дѣламъ о малолѣтнихъ одно дѣло о 19-ти-лѣтнемъ и два о 18-ти-лѣтнихъ, и что, кромѣ того, Сенатъ въ выборѣ наказаній не стѣснялся указами 1742 и 1744 гг. [1]).

Нѣсколько полнѣе опредѣленъ порядокъ отвѣтственности малолѣтнихъ въ указѣ 1765 г. (п. с.з. № 12424), по которому установлена полная невмѣняемость до 10 лѣтъ, причемъ велѣно ихъ отдавать для наказанія родителямъ или помѣщику, и тѣ сдѣланныя ими преступленія впредь ни въ какое имъ подозрѣніе не считать, а отъ 10—17 л. допускалось смягченіе наказанія, причемъ объ обвиняемыхъ въ преступленіяхъ, влекущихъ смертную казнь или кнутъ, велѣно представлять въ Сенатъ, гдѣ съ ними поступлено имѣетъ быть по благоразсмотрѣнію и по мѣрѣ ихъ вины; при смягченіи отвѣтственности за прочія преступленія различались малолѣтніе отъ 10—15 и отъ 15—17 лѣтъ [2]).

Проектъ 1813 г. ставилъ предѣльнымъ возрастомъ 7 лѣтъ, а о дальнѣйшихъ періодахъ не упоминалъ вовсе. Сводъ законовъ 1832 г. цѣликомъ принялъ систему указа Екатерины II 26 Іюн. 1765 г. (п. с. з., 12424); но затѣмъ его постановленія были нѣсколько измѣнены закономъ 28 Іюня 1833 г. (п. с. з., 6288) и въ такомъ видѣ вошли во второе изданіе свода 1842 г. Малолѣтнихъ до 10 лѣтъ сводъ признавалъ абсолютно невмѣняемыми и отдавалъ виновныхъ, безъ преданія суду и безъ наказанія, на исправленіе родителямъ, родственникамъ или опекунамъ.

Уложеніе 1845 г. отступило отъ этой системы, принявъ, повидимому, по примѣру проекта уложенія 1813 г., въ ст. 94 (изд. 1885 г.) предѣльнымъ терминомъ 7 лѣтъ; но такъ какъ, по 1 пункту ст. 137 (по изд. 1885 г.), дѣти отъ 7—10 лѣтъ не подвергались опредѣ-

---

1) Такъ 14-ти лѣтній школьникъ изъ дворянъ Гриневъ, за написаніе воровскихъ паспортовъ, высѣченъ при собраніи всѣхъ школьниковъ розгами, а затѣмъ опять отданъ въ школу, а 14-ти лѣтній крестьянинъ Федоровъ публично наказанъ плетьми и сосланъ въ Нерчинскъ на вѣчныя работы.

2) При примѣненіи этого указа властямъ предписывалось оказывать себя больше милостивыми, нежели жестокими судьями, памятуя то, что и сами они люди. Указъ этотъ, однако, велѣно было разослать секретно: «дабы чрезъ сей способъ не подать соблазну и поводу другимъ злонравнымъ и безразсуднымъ людямъ, и чтобы малолѣтніе отъ противныхъ указамъ проступковъ болѣе остерегались». На практикѣ и этотъ указъ не разрѣшилъ вопроса, какъ можно видѣть изъ примѣровъ, помѣщенныхъ въ полномъ собраніи законовъ. Такъ въ 1767 (п. с. з. № 12981) подсудимому Королькову было смягчено наказаніе по малолѣтству, хотя ему было 18 лѣтъ; въ 1809 г. (архивъ Госуд. Сов. III 2) Николай Верещагинъ 16 лѣтъ и 9 мѣсяцевъ былъ приговоренъ за поддѣлку ассигнацій къ наказанію розгами и отдачѣ обществу для наблюденія, причемъ хотя онъ, во время разсмотрѣнія дѣла въ Государст. Совѣтѣ, пришелъ въ совершенный возрастъ, но наказаніе было назначено ему, какъ несовершеннолѣтнему; въ 1818 г. (п. с. з. № 27583) Смоленскій совѣстный судъ вступилъ въ пререканіе съ уголовною палатою о срокѣ малолѣтства, полагая таковой въ 15 лѣтъ; въ 1823 г. Государственный Совѣтъ приговорилъ дворянина Линчевскаго за убійство дворовой дѣвки къ отдачѣ въ Херсонское военно-сиротское отдѣленіе для обученія съ другими малолѣтними, и съ преданіемъ по достиженіи совершеннолѣтія церковному покаянію. Съ другой стороны, послѣ Севастопольскаго бунта 1830 г. было предписано: дѣтей мужского пола, старѣе *пяти* лѣтъ, *участвовавшихъ въ бунтѣ*, отослать въ батальоны военныхъ кантонистовъ. Неклюдовъ, Приложенія, стр. 371.

ленному въ законахъ наказанію, а отдавались родителямъ или благонадежнымъ родственникамъ для домашняго исправленія, то на этомъ основаніи въ дѣйствительности предѣльнымъ срокомъ перваго періода являлось и по уложенію истеченіе 10 лѣтъ [1]). Съ изданіемъ же закона 2 Іюня 1897 г., всякое сомнѣніе исчезло, такъ какъ статья 94 была исключена, а 1-я часть статьи 137 прямо говорила: «дѣти, коимъ менѣе 10 лѣтъ, не подвергаются судебному преслѣдованію и опредѣленному въ законахъ наказанію [2]).

Десятилѣтній срокъ принятъ и въ дѣйствующемъ нашемъ уложеніи, хотя въ замѣчаніяхъ на проектъ многіе изъ нашихъ практиковъ высказывали желаніе возвысить этотъ предѣлъ до 12 лѣтъ, а нѣкоторые до 14 л. и даже—до 15 и 16 лѣтъ [3]).

Въ защиту десятилѣтняго срока могутъ быть приведены слѣдующія соображенія: 1) десятилѣтній предѣлъ, по нашему праву, означаетъ въ существѣ не границу невмѣняемости и уголовной безотвѣтственности, а предѣлъ, до котораго не можетъ быть возбуждаемо уголовное производство, такъ какъ о дѣтяхъ и старѣе этого возраста не только ставится обязательно спеціальный вопросъ о вмѣняемости, но они, даже и въ случаѣ признанія таковой, не подлежатъ, по общимъ правиламъ, уголовной карѣ, а отдаются въ воспитательныя заведенія; 2) устраненіе возбужденія уголовнаго преслѣдованія противъ малолѣтнихъ по необходимости очень часто повлечетъ невозможность обнаруженія участія въ учиненныхъ ими дѣяніяхъ совершеннолѣтнихъ, а между тѣмъ дѣти отъ 10—12 лѣтъ, какъ свидѣтельствуетъ судебная практика, нерѣдко являются ловкими исполнителями распоряженій начальниковъ разныхъ шаекъ и ассоціацій преступниковъ, такъ что невозбужденіе дѣлъ этого рода можетъ быть очень невыгодно для общественной безопасности и частныхъ

---

1) Подробныя доказательства того, что и по уложенію 1845 г. дѣти отъ 7—10 лѣтъ не подвергались наказанію, приведены у меня въ курсѣ, I, стр. 93; что составители уложенія смотрѣли на отдачу, какъ на мѣру чисто воспитательную, видно изъ того, что до изд. 1866 г. конецъ статьи читался такъ: «для строгаго за ними присмотра, исправленія и наставленія, между прочимъ и чрезъ духовника или другаго священнослужителя». Малолѣтніе, подвергнутые этой мѣрѣ, не почитались наказанными, а потому при совершеніи ими новаго преступнаго дѣянія таковое не почиталось повореніемъ (71/1564, Лонтева).

2) По мировому уставу (ст. 10) предѣльнымъ срокомъ дѣтства было принято истеченіе 10 лѣтъ.

3) Кистяковскій, § 265, предлагалъ поставить предѣломъ перваго возраста 14 лѣтъ, а въ изслѣдованіи о малолѣтнихъ даже 16 лѣтъ. Московское юридическое общество высказалось за 16 лѣтъ, потому что нашъ неблагопріятный климатъ и неблагопріятныя культурныя условія народной массы не допускаютъ принятіе критерія болѣе ранняго, чѣмъ въ сосѣднихъ странахъ—Германіи, Венгріи. Хрулевъ защищалъ 16-ти-лѣтній предѣлъ на томъ основаніи, что у насъ эпоха полового созрѣванія падаетъ на возрастъ отъ 14—16 лѣтъ. Д. А. Дриль съ сожалѣніемъ замѣчаетъ (Брюссельскій международный пенитенціарный конгрессъ, Ж. М. Ю. 1900 г. № 9), что предложеніе объ установленіи предѣльнаго возраста *уголовной* невмѣняемости въ 16 и даже въ 18 лѣтъ и объ устраненіи даже постановки вопроса о существованіи у нихъ разумѣнія въ моментъ учиненія дѣянія, сдѣланное на петербургскомъ конгрессѣ 1900 г. и принятое въ 1-й секціи (прибавлю, какъ участникъ засѣданія, совершенно по недоразумѣнію, благодаря большинству, какъ и на всѣхъ конгрессахъ, криминалистовъ ad hoc, и несмотря на горячія возраженія такихъ ученыхъ какъ Канонико, Пессина, Жоли, Польсъ), было отклонено общимъ собраніемъ, а затѣмъ не принято ни на Парижскомъ, ни на Брюссельскомъ 1900 г. конгрессахъ. Нашъ уважаемый ученый не теряетъ, впрочемъ, надежды, что XX вѣкъ (стр. 7) внесетъ болѣе научнаго свѣта въ рѣшеніе вопросовъ умственно-нравственной области, т. е., прибавлю я, будетъ признавать женатыхъ парней лѣтъ 17½ или окончившихъ курсъ средне-учебныхъ заведеній съ аттестатомъ зрѣлости, не обладающими разумѣніемъ.

интересовъ, и 3) дѣти 11 и 12 лѣтъ, не говоря уже о юношахъ 14 и 15 лѣтъ, совершаютъ иногда столь ужасныя злодѣянія, что оставленіе безъ изслѣдованія дѣла, неуясненіе условій и обстоятельствъ, при которыхъ совершилось злодѣяніе, будетъ возмущать общественную совѣсть, но положеніе еще болѣе ухудшится и будетъ несомнѣнно грозить общественной безопасности и спокойствію тамъ, гдѣ не окажется достаточно заведеній для безпризорныхъ и порочныхъ дѣтей, а таковы именно условія нашей общественной жизни. Убійцы изъ корысти, обыватели т. н. Вяземской лавры, коты и т. п. встрѣчаются не только между подростками 14 — 16 лѣтъ, но и между болѣе юными отъ 12—14 л., и эта преступность молодежи къ сожалѣнію несомнѣнно ростетъ. Можемъ ли мы представить себѣ, что ни полиція, ни слѣдователь не будутъ имѣть права даже возбуждать о нихъ дѣла, и каково будетъ вліяніе этой безотвѣтности на самихъ малолѣтнихъ [1])?

---

1) Подтвержденіемъ того, какія послѣдствія будетъ имѣть перенесеніе предѣльнаго срока на 12, 14 или 16 лѣтъ, служатъ данныя статистики. Такъ, изъ приложенныхъ къ законопроекту министра юстиціи 1897 г. статистическихъ свѣдѣній оказываются слѣдующія цифры судимости малолѣтнихъ:

Возрастъ подсудимыхъ.		Окруж. судовъ. 1891	1892	1893	Всего.		Миров. установл. 1891	1892	1893	Всего.	
10 и 11 л.	привлеч.	35	28	21	91		149	131	107	387	
	осужд.	15	10	13	38		100	92	73	265	
12 и 13 л.	привлеч.	152	179	158	489	2078 пр.	546	513	484	1543	6926 пр.
	осужд.	80	82	94	256	1100 ос.	413	390	369	1172	5628 ос.
14 и 15 л.	привлеч.	459	508	533	1498		1691	1774	1531	4996	
	осужд.	242	272	292	806		1372	1519	1300	4191	

Осуждены за три года.	Окруж. судовъ. Катор-га.	Посел.	Тюрьм.	Арест.	Исправ. пр.	Отд. родств.	Мир. уст. Тюрьм.	Испр. пр.	Отдача родит.
10 и 11 л.	—	1	1	—	2	34	80	47	138
12 и 13 л.	—	3	35	2	16	200	626	179	367
14 и 15 л.	8	13	402	110	53	209	3785	349	57

Родъ наиболѣе частыхъ прест. за три года.	Окружн. судовъ. Святот.	Сопрот. вл.	Бродяж.	Убійст.	Уб. въ дракѣ.	Смерт. поврежд.	Тѣлес. повр. вообщ.	Растлѣн. малол.	Изнасил. взросл.	Поджог.	Разб. и грабежи.	Кражи со взлом.	Кражи домаш.	Кражи вооб.
10 и 11 л.	5	—	2	—	—	2	2	—	—	5	2	10	2	3
12 и 13 л.	18	3	6	3	9	6	17	1	—	35	2	69	12	60
14 и 15 л.	28	9	22	18	22	19	83	17	14	45	16	177	47	200

Наиб. частые проступ. за три года.	Миров. устан. Прош. милост.	Кража.	Мошен.	Присвоен.
10 и 11 л.	1	256	2	1
12 и 13 л.	10	1123	11	11
14 и 15 л.	69	3905	80	27

При оцѣнкѣ этихъ цифръ нельзя забывать, что сюда не вошли дѣла, подсудныя земскимъ начальникамъ, число коихъ, вѣроятно, равно или даже и превышаетъ число дѣлъ,

Защитники повышенія предѣла безусловной невмѣняемости говорятъ обыкновенно о вредномъ вліяніи судебной процедуры, привлеченія къ слѣдствію, но это вліяніе можетъ быть если не устранено, то уменьшено реформою процесса, а противъ несомнѣннаго вреда безотвѣтственности нѣтъ спасенья. А мародерство въ садахъ и огородахъ, порча деревъ и насажденій дѣтьми 10—12 лѣтъ? Привлеченіе ихъ къ суду дастъ хотя возможность карательно вліять на тѣхъ, кто долженъ имѣть за ними отвѣтственный надзоръ.

Учиненіе дѣтьми этого возраста какого либо преступнаго дѣянія влекло по уложенію 1845 г., до закона 1897 г., для дѣтей до 7 лѣтъ—отдачу ихъ родителямъ, родственникамъ или опекунамъ для вразумленія и наставленія ихъ впослѣдствіи (ст. 94), а для дѣтей отъ 7—10 лѣтъ—отдачу для домашняго исправленія (ст. 137 п. 1); но въ редакціи ст. 137 по закону 1897 г. никакихъ указаній по этому предмету не содержалось.

Западно-европейскія законодательства, даже тѣ, которыя устанавливаютъ предѣльный возрастъ абсолютной невмѣняемости, допускаютъ для наиболѣе испорченныхъ дѣтей этого возраста обязательную отдачу въ исправительно-воспитательныя заведенія, но, конечно, не въ видѣ наказанія. Въ Германіи, по закону 26 Февраля 1876 г., постановленія о таковой отдачѣ дѣлаются особыми попечительствами о безпризорныхъ дѣтяхъ (Vormundschaftsbehörde), причемъ для примѣненія этой мѣры необходимо, чтобы было установлено: учиненіе ребенкомъ преступнаго дѣянія и необходимость помѣщенія его въ воспитательное заведеніе; самый порядокъ примѣненія этихъ мѣръ опредѣляется особымъ закономъ. Подобная же система усвоена въ Австріи закономъ 24 Мая 1885 г., по которому и дѣти моложе 10 лѣтъ могутъ быть помѣщены въ такія заведенія по ходатайству ихъ законныхъ представителей и съ согласія мѣстнаго опекунскаго учрежденія; кодексъ голландскій, ст. 38, и итальянскій, § 53, предоставляютъ такое право гражданскому суду по предложенію прокура-

---

подсудныхъ мировымъ судьямъ. Что стали бы мы дѣлать, если бы, поднявъ предѣльный возрастъ до 14 или 16 лѣтъ, ограничились одними исправительными пріютами, коихъ настоящая пріемоспособность не превышаетъ 500 въ годъ при ежегодно осуждаемыхъ (судеб. установл.) 2243 ч.? Ср. также статью Н. Добрынина въ Ж. М. Ю. 1898 № 3. Онъ даетъ цифру ежегодной преступности малолѣтнихъ до 17 лѣтъ съ 1880—1889 г. въ 1,677 чел. для Россіи, за исключеніемъ округовъ Тифлисской и Варшавской судебныхъ палатъ, но за то съ включеніемъ дѣлъ, нынѣ подсудныхъ земскимъ и городскимъ судьямъ. Добрынинъ (стр. 143), раздѣляя мнѣніе Редакціонной Комиссіи о невозможности повысить предѣльный возрастъ до 14 или 16 лѣтъ, указываетъ и на число признанныхъ дѣйствовавшими безъ полнаго разумѣнія въ этихъ возрастахъ.

	Общее числ. осужд.		Дѣйств. безъ разум.		Проц. отношен.	
	мальч.	дѣвоч.	мальч.	дѣвоч.	мальч.	дѣвоч.
отъ 10—14	1041	138	736	117	71%	85%
» 14—17	34915	5021	2516	308	7%	6%

Нельзя также не замѣтить, что хотя въ мотивахъ мин. юстиціи къ законопроекту 1897 г и была высказана (стр. 34) мысль о томъ, что слѣдовало бы отказаться отъ примѣненія какихъ либо карательныхъ мѣръ къ малолѣтнимъ до 14 лѣтъ и слѣдовательно продлить до этого срока періодъ безусловной невмѣняемости, но эта мысль не нашла выраженія въ проектѣ и не была раздѣлена Государственнымъ Совѣтомъ.

Не безынтересно также сопоставить вышеприведенныя данныя съ цифрами, сообщаемыми Appelius'омъ, стр. 8, относительно Германіи. Въ Германіи малолѣтнихъ преступниковъ было въ 1882 г.—30719, а въ 1889—36790, причемъ они распадались такъ: отъ 12—15—10544 и 13300; отъ 15—18—19442 и 23490; причемъ сравнительно съ возрастаніемъ преступности взрослыхъ оказывается, что послѣдняя повысилась на 12%, а преступность малолѣтнихъ на 19%. Ср. также Тарновскій, Преступность малолѣтнихъ въ Западной Европѣ и въ Россіи, Ж. М. Ю. 1899 №№ VII и IX.

туры; при этомъ итальянское допускаетъ и отдачу подъ отвѣтственный надзоръ; то же принимаетъ проектъ французскаго уложенія ст. 57; норвежскій вовсе не говоритъ о принудительномъ воспитаніи, урегулированномъ особымъ закономъ. Курьезное постановленіе содержитъ проектъ швейцарскаго кодекса, который, устраняя (§ 9) судебное преслѣдованіе противъ дѣтей до 14 лѣтъ, прибавляетъ, что если дитя этого возраста совершитъ дѣяніе, почитаемое преступленіемъ (Verbrechen), то судебные органы (Strafverfolgungsbehörde) отсылаютъ его къ административнымъ органамъ (Verwaltungsbehörde), которые, если найдутъ его нравственно опаснымъ, безпризорнымъ или порочнымъ, принимаютъ соотвѣтствующія (безъ опредѣленія таковыхъ) мѣры, а въ противномъ случаѣ отсылаютъ къ школьнымъ властямъ (Schulbehörde), которыя сдѣлаютъ ему выговоръ, или же посадятъ въ карцеръ (Schularest). Такимъ образомъ, дѣло объ изнасилованіи или поджогѣ, учиненномъ 13½ лѣтнимъ мальчикомъ, будетъ сначала разсмотрѣно судебнымъ слѣдователемъ, потомъ отослано исправнику, а тотъ, оцѣнивъ личность виновнаго и неусмотрѣвъ въ немъ ничего особеннаго, отправитъ къ инспектору народныхъ училищъ, и уже тотъ распорядится посадить его въ карцеръ, интересно только, на сколько дней? Апелліусъ, в. с., въ своемъ докладѣ, предполагая возрастъ безусловной невмѣняемости до 14 лѣтъ (безъ установленія минимальнаго предѣла), указываетъ рядъ случаевъ, въ которыхъ и по отношенію къ этимъ дѣтямъ должны быть приняты воспитательныя мѣры, подъ наблюденіемъ государственныхъ органовъ (Staatlich überwachte Erziehung), а именно въ случаѣ обвиненія въ нищенствѣ, бродяжествѣ или тяжкомъ преступленіи; въ случаѣ обвиненія въ совокупности или повтореніи преступныхъ дѣяній и въ случаѣ ихъ безпризорности; самыми мѣрами могутъ быть: отдача въ чужую семью, помѣщеніе въ воспитательныя заведенія, частныя или государственныя.

По проекту редакціонной комиссіи, дѣти до 10 лѣтъ могли быть отдаваемы или подъ надзоръ родителей, или опекуновъ, или даже и другихъ лицъ, или помѣщаемы въ особыя воспитательныя заведенія. Обѣ эти мѣры могли быть примѣняемы только въ случаѣ учиненія дѣтьми этого возраста преступленія или проступка и во всякомъ случаѣ не въ порядкѣ уголовнаго суда. Но при дальнѣйшемъ разсмотрѣніи проекта это указаніе было исключено на томъ основаніи, что такое указаніе не входитъ въ область уложенія, а должно составить предметъ особаго узаконенія.

Второй возрастный періодъ, *отрочество*, вліяетъ, какъ было указано, и на порядокъ производства дѣлъ этого рода, и на условія отвѣтственности. Въ первомъ отношеніи, независимо отъ нѣкоторыхъ измѣненій подсудности и порядка разбора этихъ дѣлъ, большинство новѣйшихъ законодательствъ (французское, бельгійское, германское, венгерское) требуетъ обязательной постановки особаго вопроса о вмѣняемости, такъ что замѣна для нихъ наказанія наступаетъ только въ случаѣ признанія ихъ обладающими вмѣняемостью, а въ противномъ случаѣ примѣняется общее правило объ уголовной безотвѣтственности за невмѣняемостью. Въ виду этого и самый періодъ отрочества, въ противоположность дѣтству, какъ періоду безусловной невмѣняемости, называютъ иногда періодомъ условной или сомнительной вмѣняемости (Zweifelhafte Zurechnungsfähigkeit).

Собственно говоря, наличность вмѣняемости должна быть констатирована относительно всякаго преступника, такъ какъ только при этомъ условіи можетъ существовать уголовная отвѣтственность; но такъ какъ у лицъ взрослыхъ отсутствіе вмѣняемости является исключеніемъ, то постановка вопроса о вмѣняемости по каждому уголовному дѣлу была бы совершенно излишнею, а потому законъ и допускаетъ выдѣленіе вопроса о вмѣняемости изъ вопроса о виновности только въ томъ случаѣ, когда возбуждено сомнѣніе, что событіе можетъ быть вмѣнено подсудимому въ вину. Напротивъ того, относительно малолѣтнихъ, хотя бы и вышедшихъ изъ дѣтскаго возраста, случаи невмѣняемости встрѣчаются несравненно чаще, такъ какъ запоздалость раз-

витія, сравнительно съ среднимъ нормальнымъ развитіемъ, встрѣчается между малолѣтними преступниками весьма нерѣдко; поэтому законодатель постановкою подобнаго спеціальнаго вопроса какъ бы желаетъ обратить особенное вниманіе суда на психическое состояніе подсудимаго [1]).

Такая постановка спеціальнаго вопроса о вмѣняемости имѣетъ значеніе не только для тѣхъ законодательствъ, которыя для обладающихъ вмѣняемостью малолѣтнихъ назначаютъ наказаніе, а для невмѣняемыхъ воспитательныя мѣры, но и для тѣхъ, которыя и для лицъ первой категоріи допускаютъ кромѣ наказанія и воспитательныя мѣры, смотря по свойству учиненнаго, и даже для тѣхъ, которыя этимъ воспитательнымъ мѣрамъ предоставляютъ преобладающее или исключительное значеніе, такъ что и признанные дѣйствовавшими безъ разумѣнія и обладающіе таковымъ одинаково направляются въ исправительно-воспитательныя заведенія, такъ какъ эти мѣры, при ихъ кажущемся сходствѣ, отличаются другъ отъ друга и теоретически и практически. Наказаніе, какъ средство борьбы съ преступностью, заключаетъ въ себѣ два момента: борьбу съ преступностью въ самомъ преступникѣ и успокоеніе или охрану общественную. Въ первомъ отношеніи мѣры, принимаемыя противъ малолѣтнихъ вмѣняемыхъ и невмѣняемыхъ, сходны, но онѣ несомнѣнно разнствуютъ во второмъ: по отношенію къ признаннымъ обладающими вмѣняемостью и осужденнымъ могутъ быть приняты всѣ тѣ мѣры, которыя, ограждая общество, не противорѣчатъ педагогическимъ требованіямъ, почему и самыя заведенія, въ которыя будутъ помѣщаемы дѣти этихъ категорій, могутъ быть съ различнымъ режимомъ, какъ это, напр., установилъ французскій законъ 1850 г. и какъ это было предположено въ проектѣ редакціонной комиссіи [2]). Равнымъ образомъ, признаніе или непризнаніе вмѣняемости вліяетъ и на объемъ примѣненія понудительнаго воспитанія и на условія замѣны этихъ мѣръ другими при недостаткѣ воспитательныхъ заведеній или при открытіи преступнаго дѣянія по достиженіи виновнымъ 17-ти-лѣтняго возраста и т. д.

По этимъ соображеніямъ едва ли можно присоединиться къ встрѣчаю-

---

1) Ср. F. Hélie, Ortolan; напротивъ того, Haus, Garraud, Blanche, признаютъ вопросъ о разумѣніи, ставимый по отношенію къ малолѣтнимъ, отличнымъ отъ общаго вопроса о вмѣняемости, какъ условіи виновности и отвѣтственности.

2) Точно также и Государственный Совѣтъ при разсмотрѣніи законопроекта 1897 г. указалъ: «для болѣе взрослыхъ подсудимыхъ нужны особые, приспособленные къ ихъ возрасту, исправительные пріюты, содержаніе въ коихъ отличалось бы сравнительно большею строгостью, съ нѣкоторымъ даже карательнымъ оттѣнкомъ. Сіи пріюты съ введеніемъ въ нихъ взысканій карательнаго характера не могутъ быть оставлены въ вѣдѣніи частныхъ лицъ или общественныхъ установленій, а должны получить значеніе правительственныхъ учрежденій, подчиненныхъ непосредственно правительственному надзору» (Журн. особ. сов. стр. 4). Еще рѣзче высказана эта мысль въ журн. соедин. департам. Гос. Совѣта (стр. 4 и сл.), которые находили необходимымъ образованіе трояkаго рода заведеній: а) для безпризорныхъ дѣтей—исключительно воспитательныхъ; б) для малолѣтнихъ преступниковъ до 14 лѣтъ, гдѣ практиковались бы дисциплинарно-воспитательныя мѣры, направленныя къ нравственному исправленію малолѣтнихъ и наконецъ в) для осужденныхъ старѣе 14 лѣтъ, содержаніе въ которыхъ отличалось бы сравнительно большею строгостью, такъ что въ извѣстныхъ случаяхъ можно бы было прибѣгать и къ мѣрамъ карательнаго свойства. При этомъ и соединенные департаменты предполагали заведенія послѣдняго рода устраивать на правительственныя средства, а управленіе ими сосредоточить исключительно въ рукахъ правительственныхъ органовъ.

щимся за послѣднее время въ доктринѣ [1]) предположеніямъ устранить въ дѣлахъ о малолѣтнихъ отроческаго возраста постановку особаго вопроса о наличности условій вмѣняемости, а вмѣстѣ съ тѣмъ и различіе вмѣняемыхъ и невмѣняемыхъ имъ дѣяній, предоставивъ суду право, въ случаѣ признанія малолѣтняго учинившимъ преступное дѣяніе, примѣнять или не примѣнять, смотря по обстоятельствамъ дѣла, мѣры охраны, въ частности отдачу въ вос-

---

1) Ср. Thiry, Cours, № 91. Онъ основываетъ предложеніе объ установленіи одинаковыхъ мѣръ репрессіи по отношенію ко всѣмъ дѣтямъ этого возраста какъ на одинаковыхъ условіяхъ ихъ виновности, такъ въ особенности на томъ, что въ Бельгіи законъ 1870 Іюля 7 объединилъ заведенія для всѣхъ порочныхъ и преступныхъ дѣтей въ общую группу «les écoles de bienfaisance de l'Etat». (Еще болѣе сдѣлалъ въ этомъ отношеніи бельгійскій законъ 21 Нояб. 1897 г.). То же начало защищаетъ проф. Листъ, Lehrbuch, § 14, 3, проводя и въ этомъ отношеніи свою теорію вмѣняемости. Особенно рѣзко былъ поставленъ этотъ вопросъ на бернскомъ съѣздѣ союза уголовнаго права 1890 г. Одинъ изъ докладчиковъ, пр. Фойницкій (тѣ же начала развиты Prins'омъ, Science, № 364 и сл.), выходя изъ того положенія, что, по отношенію къ несовершеннолѣтнимъ, учиненное ими дѣяніе не служитъ основаніемъ наказанія, а является только симптомомъ, который заставляетъ обратить вниманіе на личность учинившаго и на необходимость того или другаго отношенія къ нему государства, находилъ, что нынѣшняя постановка возраста условной вмѣняемости не только затемняетъ дѣло, но и приводитъ къ совершенно неправильнымъ выводамъ, освобождая отъ помѣщенія въ исправительныя заведенія тѣхъ, которые должны бы были быть туда помѣщаемы, и наоборотъ; что исправительно-карательное воспитаніе, какъ и всякое воспитаніе, должно имѣть дѣло не съ отдѣльными поступками, а съ личностью, и что поэтому судья относительно такихъ малолѣтнихъ долженъ рѣшить лишь одинъ вопросъ: долженъ ли малолѣтній быть подвергнутъ общественной опекѣ въ формѣ принудительнаго воспитанія или нѣтъ; тѣ же принципы защищалъ другой докладчикъ проф. Gaukler, и въ томъ же смыслѣ состоялась резолюція съѣзда (Mittheilungen, II, стр. 116). Но нельзя, однако, не замѣтить, что ни сходство условій, вызывающихъ преступность молодежи, ни необходимость примѣненія ко всѣмъ малолѣтнимъ мѣръ воспитанія, а не наказанія, не уничтожаетъ различія между 11 лѣтнимъ поджигателемъ, едва понимавшимъ значеніе учиняемаго имъ, и 16 лѣтнимъ рецидивистомъ, прошедшимъ и огонь и воду и хладнокровно зарѣзавшимъ жертву съ цѣлью ея ограбленія, обратившимъ кражу или и разбой въ ремесло и т. п. Большой вопросъ, замѣчаетъ Гретенеръ (стр. 155), останется ли законодатель въ соотвѣтствіи съ народноправовыми воззрѣніями, когда онъ признаетъ, что 16-ти или 17-ти лѣтній убійца или поджигатель ни въ какомъ случаѣ не подлежитъ отвѣтственности за учиненное имъ злодѣяніе, но что съ нимъ, независимо отъ тяжести учиненнаго, будетъ поступлено сообразно съ тѣми надеждами или опасеніями, которыя онъ возбуждаетъ въ будущемъ. Большой вопросъ, прибавлю я, можетъ ли законодатель по отношенію къ несовершеннолѣтнимъ отъ 14—17 лѣтъ отказаться совершенно отъ наказаній и ограничиться только воспитательными мѣрами; въ особенности тамъ, гдѣ, какъ у насъ, такое принудительное воспитаніе еще въ зародышѣ. Нельзя не замѣтить, что Аппеліусъ, в. с., предлагая отъ имени комиссіи нѣмецкой группы проекты постановленія объ отвѣтственности малолѣтнихъ отъ 14—18 л. (§ 4 проекта), также исключаетъ указаніе на разумѣніе, встрѣчающееся нынѣ въ §§ 56 и 57 кодекса, какъ неполное и ведущее къ тому, что дѣти, несомнѣнно не достигшія нравственнаго развитія, нынѣ подвергаются наказанію (стр. 21 и сл.), и не замѣняетъ его никакимъ другимъ признакомъ разграниченія, но вовсе не потому, чтобы онъ находилъ, что условіе вмѣняемости не имѣетъ значенія въ случаяхъ этого рода. Напротивъ того, онъ, допуская примѣненіе или наказанія или мѣръ воспитательныхъ, обусловливаетъ это наличностью умственной и нравственной зрѣлости ребенка, которую судья долженъ обязательно установить въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ на основаніи общаго впечатлѣнія личности малолѣтняго и его жизненной обстановки (стр. 89). Но это условіе не внесено въ текстъ проекта, какъ указываетъ Appelius (стр. 90), чтобы не стѣснить судью, хотя, благодаря этому умолчанію, оказались бы возможными случаи заключенія въ тюрьму малолѣтняго, хотя нравственно и не зрѣлаго и не обладающаго разумѣніемъ. Предложеніе Appelius объ устраненіи изъ постановленій объ отвѣтственности 14—18 л. указанія на вмѣняемость, съ предоставленіемъ судьѣ выбора между наказаніемъ и воспитательными мѣрами, было принято союзомъ уголовнаго права, но встрѣтило сильныя возраженія практиковъ. Ср. Slupecki, стр. 81 и сл.

питательныя заведенія. Принятіе такого начала не соотвѣтствовало бы и общимъ условіямъ наказуемости, такъ какъ и по отношенію къ малолѣтнимъ преступникамъ этого возраста государство имѣетъ объектомъ своей дѣятельности не порочную или безпризорную личность, а проявленіе этой личности въ воспрещенномъ преступномъ дѣяніи, его виновность; да и кромѣ того едва ли можно предположить, чтобы современные кодексы отказались бы совершенно отъ примѣненія карательныхъ мѣръ къ преступникамъ, достигшимъ 16—18 лѣтъ, какія бы злодѣянія они ни совершили, а примѣненіе наказанія, безъ установленія ихъ дѣеспособности, поставило бы малолѣтнихъ въ условія худшія, чѣмъ тѣ, въ которыхъ находятся взрослые преступники.

Но отроческій возрастъ, даже по отношенію къ дѣтямъ, признаннымъ обладающими вмѣняемостью и учинившимъ тяжкія злодѣянія, требуетъ не только смягченія, но и замѣны обыкновенныхъ карательныхъ мѣръ. Условія и объемъ такихъ измѣненій представляютъ огромное различіе въ отдѣльныхъ законодательствахъ.

Еще болѣе разнообразія представляютъ законодательныя постановленія относительно третьей эпохи возраста—*юности*. Одни кодексы вовсе не упоминаютъ объ этомъ періодѣ, другіе признаютъ за нимъ смягчающее значеніе только по отношенію къ нѣкоторымъ наказаніямъ и лишь немногіе ставятъ его, какъ общее основаніе уменьшенія отвѣтственности.

Образцомъ для установленнаго въ новыхъ кодексахъ порядка отвѣтственности малолѣтнихъ втораго возраста послужило французское законодательство.

Система, дѣйствующая нынѣ во Франціи, была принята еще учредительнымъ собраніемъ въ кодексѣ 1791 г., а затѣмъ подробно установлена въ кодексѣ 1810 г. (ст. 66—69) и дополнена закономъ 5 Апрѣля 1850 г. По этой системѣ о всякомъ подсудимомъ моложе 16 лѣтъ, по каждому преступному дѣянію, въ которомъ онъ обвиняется, долженъ быть поставленъ вопросъ: дѣйствовалъ ли онъ съ разумѣніемъ (avec ou sans discernement) [1])? Если судъ признаетъ, что подсудимый, признанный учинившимъ преступленіе или проступокъ, дѣйствовалъ безъ разумѣнія, то онъ, освобождая его отъ наказанія, можетъ или отдать подъ присмотръ родителей или родственниковъ, или отослать его въ colonies pénitentiaires. Самый срокъ пребыванія въ этихъ заведеніяхъ опредѣляется судомъ, безотносительно къ наказаніямъ, назначеннымъ въ законѣ за совершенное преступное дѣяніе, но съ тѣмъ, чтобы они не оставались въ этихъ заведеніяхъ по достиженіи двадцатилѣтняго возраста (по проекту до 21 года). Эта отдача не считается наказаніемъ, а потому, въ случаѣ совершенія ими новаго преступнаго дѣянія, не вліяетъ на повтореніе. Если же судъ найдетъ, что виновный дѣйствовалъ съ разумѣніемъ и притомъ учинилъ преступленіе (crime), то онъ приговариваетъ его къ наказанію, по иному, чѣмъ взрослыхъ, а именно, всѣ наказанія замѣняются тюремнымъ заключеніемъ, отбываемымъ притомъ не въ общихъ тюрьмахъ, а въ colonies pénitentiaires, если заключеніе назначается на срокъ не свыше 2 лѣтъ, въ прочихъ же случаяхъ—въ особыхъ colonies correctionnelles. Сроки заключенія опредѣляются соотвѣтственно съ размѣрами замѣняемаго наказанія, такъ что maximum будетъ

---

[1]) По разъясненію многихъ французскихъ криминалистовъ, такъ какъ понятіе разумѣнія не совпадаетъ съ понятіемъ виновности, такъ что одновременный утвердительный отвѣтъ на оба вопроса не составляетъ плеоназма, а различный на оба—не будетъ юридическимъ противорѣчіемъ; по этому воззрѣнію вопросъ о виновности будетъ означать, имѣлъ ли виновный преступную волю, напр., хотѣлъ ли онъ убить свою жертву, а вопросъ о разумѣніи указываетъ на то, понималъ ли онъ значеніе своего поступка. Ср. въ особенности Garraud, № 203; такое же толкованіе для бельгійскаго права даетъ Haus, № 617 и 618. Хотя нельзя не прибавить, что такое толкованіе не соотвѣтствуетъ ни смыслу этихъ постановленій, ни предположеніямъ составителей кодекса 1810 г. Ср. Mabille, De la question de discernement rélative aux mineurs de seize ans, 1898 г.

20 лѣтъ, взамѣнъ смертной казни, а minimum—1 годъ [1]). Если же виновный учинилъ проступокъ (délit), то онъ подлежитъ половинѣ того наказанія, какому подлежитъ взрослый. Дѣвочки, по закону 1850 г., во всякомъ случаѣ отдаются въ maisons d'éducation. Малолѣтніе подлежатъ суду съ присяжными засѣдателями только въ случаѣ соучастія съ взрослыми и въ случаѣ обвиненія въ преступленіи, влекущемъ смертную казнь, или пожизненное заточеніе. Такую же систему принимаетъ кодексъ бельгійскій, съ тѣмъ добавленіемъ (ст. 77), что смертная казнь не примѣняется къ лицамъ моложе 18 лѣтъ.

По германскому кодексу [2]), относительно каждаго подсудимаго отъ 12—18 лѣтъ ставится вопросъ, обладалъ-ли онъ въ моментъ совершенія преступнаго дѣянія вдумчивостью, необходимою для распознанія преступности его дѣйствій (die zum Erkenntniss ihrer Strafbarkeit erforderliche Einsicht nicht besass), имѣлъ ли достаточное духовное развитіе, и именно по отношенію къ учиненному имъ роду преступныхъ дѣяній. При отрицательномъ отвѣтѣ, онъ освобождается отъ наказанія, но въ приговорѣ опредѣляется, долженъ ли онъ быть отданъ семьѣ или помѣщенъ въ исправительные пріюты, гдѣ можетъ оставаться, сколько это найдетъ необходимымъ управленіе, но во всякомъ случаѣ не позже 20 лѣтъ; въ случаѣ утвердительнаго отвѣта, онъ подвергается наказанію, но иному, чѣмъ взрослые, а именно: или тюрьмѣ, или крѣпости (maximum 15 лѣтъ), или при учиненіи имъ проступка—въ легкихъ случаяхъ даже выговору. Къ малолѣтнимъ ни въ какомъ случаѣ не примѣняются пораженіе въ правахъ и полицейскій надзоръ; лишеніе свободы отбывается ими въ особыхъ помѣщеніяхъ [3]). Для лицъ старше 18 лѣтъ законъ никакого особаго снисхожденія не допускаетъ.

Кодексъ венгерскій допускаетъ для дѣйствовавшихъ съ разумѣніемъ отъ 12—16 л. (ст. 84—85) слѣдующую замѣну наказаній: вмѣсто смертной казни и пожизненнаго заключенія въ Zuchthaus'ѣ, назначается заключеніе въ Kerker (réclusion во фр. пер.) отъ 2—5 лѣтъ, а въ остальныхъ случаяхъ—тюрьма на срокъ не свыше 2 лѣтъ; за проступки они наказываются, какъ за нарушенія; къ нимъ ни въ какомъ случаѣ не примѣняется пораженіе правъ; къ преступникамъ моложе 20 лѣтъ не примѣняется (ст. 87) ни смертная казнь, ни каторга пожизненная.

По голландскому кодексу, малолѣтніе отъ 10—16 л., учинившіе преступное дѣяніе безъ разумѣнія, подлежатъ отдачѣ въ исправительные пріюты, а для дѣйствовавшихъ съ разумѣніемъ наказаніе уменьшается на $^1/_3$, вмѣсто же безсрочнаго заключенія назначается срочное на 15 лѣтъ, пораженіе правъ не примѣняется.

Кодексъ итальянскій (ст. 54) малолѣтнихъ отъ 9—14 лѣтъ, дѣйствовавшихъ безъ разумѣнія, освобождаетъ отъ наказанія, допуская, если учиненное влечетъ наказаніе каторгою (ergastolo), réclusion или détention свыше года,—тѣ же мѣры, какъ и по отвошенію къ дѣтямъ моложе 9 лѣтъ; при наличности разумѣнія они подлежатъ наказанію, но значительно смягченному, причемъ ergastolo замѣняется réclusion отъ 6—15 лѣтъ. Кромѣ того, кодексъ итальянскій знаетъ еще двѣ возрастныя эпохи, вліяющія на уменьшеніе отвѣтственности, а именно отъ 14—18 и отъ 18—21 г. и въ послѣднемъ случаѣ ergastolo замѣняется réclusion, но на срокъ отъ 25—30 лѣтъ. Проектъ норвежскаго уложенія говоритъ

---

[1]) При этомъ, какъ постоянно разъясняла практика французскаго кассаціоннаго суда, судъ долженъ сначала вычислить наказаніе, какому подлежалъ бы виновный, будучи взрослымъ, и затѣмъ уже это наказаніе смягчить въ виду его малолѣтства. Ср. примѣры у F. Hélie, Pratique criminelle, 1878 г., II, № 125.

[2]) Подробное изложеніе системы германскаго кодекса у Brück, стр. 71—83; Appelius, стр. 4 и сл.

[3]) Система германскаго кодекса вызвала серьезныя возраженія въ нѣмецкой литературѣ. Ср. въ особенности второе Landesversammlung германской группы союза уголовнаго права, а затѣмъ докладъ выбранной этимъ собраніемъ комиссіи, составленный Appelius'омъ (вышепр. сочин.). Комиссія предположила и по отношенію къ малолѣтнимъ, дѣйствующимъ съ разумѣніемъ, предоставить судьѣ выборъ между назначеніемъ наказанія или воспитательныхъ мѣръ, или и того и другаго совмѣстно, и притомъ двояко: сначала наказаніе, а потомъ помѣщеніе въ пріютъ или и наоборотъ Другіе (H. Meyer, Lehrbuch § 59, Merkel, § 22) предлагаютъ предоставить суду только право назначенія отдачи въ воспитательныя заведенія по отбытіи малолѣтнимъ наказанія.

только (§ 55), что преступники моложе 18 лѣтъ не подлежатъ пожизненному лишенію свободы и наказаніе вообще можетъ быть понижено за минимальный предѣлъ установленнаго за данное дѣяніе, но при этомъ, конечно, предполагается, что несовершеннолѣтній находился въ состояніи вмѣняемости. Наконецъ, швейцарскій проектъ устанавливаетъ, что по отношенію къ обвиняемымъ отъ 14—18 лѣтъ судья каждый разъ разсматриваетъ степень его умственной и нравственной зрѣлости и если найдетъ, что онъ въ своемъ развитіи не выше недостигшихъ 14 лѣтъ, то онъ и разсматривается одинаково съ послѣдними, если же онъ представляется болѣе зрѣлымъ, то судья обсуждаетъ, нужно ли принять противъ него продолжительныя мѣры исправленія: если онъ не усмотритъ необходимости, то къ виновному примѣняется выговоръ или одиночное заключеніе отъ 3 дней до 3 мѣсяцевъ, а если найдетъ необходимымъ исправленіе, то отправляетъ въ исправительную колонію на срокъ 1—6 лѣтъ; если же по своей испорченности виновный не можетъ быть принятъ въ такое заведеніе, то онъ отсылается на срокъ 3—15 л. въособое заведеніе для помѣщенія малолѣтнихъ (Verwahrungsanstalt für jugendliche Verbrechen, l'établissement d'internement французскаго текста), поэтому въ такихъ заведеніяхъ, неизвѣстно какого характера—карательнаго или воспитательнаго, могутъ находиться, въ качествѣ малолѣтнихъ—тридцатилѣтніе, а если такихъ заведеній не будетъ, то виновный подвергается обыкновенному наказанію, но съ уменьшеніемъ таковаго, какъ и при смягчающихъ обстоятельствахъ; такъ, что въ результатѣ условія вмѣняемости и вмѣненія отходятъ на второй планъ, и получается крайне неопредѣленная и въ то же время суровая система, такъ какъ, напр., 15-лѣтній воръ можетъ быть интернированъ на 15 лѣтъ, а такое долгосрочное лишеніе свободы было бы немыслимо, если бы ему уже исполнилось 18 лѣтъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ швейцарскій проектъ допускаетъ, при отсутствіи мѣстъ заключенія для малолѣтнихъ примѣненіе къ нимъ не только тюрьмы, но и Zuchthaus'a.

Въ нашемъ законодательствѣ сводъ законовъ, какъ и указъ 1765 г., ставитъ предѣломъ втораго періода 17 лѣтъ, причемъ судъ въ этихъ случаяхъ прежде всего опредѣлялъ, совершено ли было дѣяніе безъ разумѣнія или съ разумѣніемъ, въ первомъ случаѣ малолѣтніе наказанію не подлежали, а во второмъ—отвѣтственность смягчалась, причемъ они не подлежали наказанію кнутомъ и публичному наказанію плетьми, а малолѣтніе отъ 10—14 лѣтъ и каторжнымъ работамъ.

Уложеніе 1845 г. отнесло къ періоду условной вмѣняемости возрастъ отъ 7—14 лѣтъ, причемъ редакторы не дали никакихъ объясненій, почему они возрастъ 10-лѣтній столь неудачно замѣнили 7-лѣтнимъ, но и они сохранили различіе эпохъ отъ 7—10 и отъ 10—14. Дѣти перваго возраста только отдавались родителямъ или благонадежнымъ родственникамъ для строгаго за ними присмотра, исправленія или наставленія, между прочимъ и чрезъ духовника ихъ или другого священнослужителя (въ изданіи 1866 г. для домашняго исправленія), т. е. въ сущности имъ дѣяніе не вмѣнялось; по отношенію же къ дѣтямъ отъ 10—14 лѣтъ каждый разъ долженъ былъ быть разрѣшаемъ вопросъ о наличности или отсутствіи у нихъ разумѣнія; при отсутствіи такового они приравнивались къ дѣтямъ отъ 7—10 лѣтъ и отдавались родителямъ или родственникамъ для домашняго исправленія, а по закону 27 Апрѣля 1892 г., учинившіе преступныя дѣянія, за которыя опредѣлено наказаніе не ниже тюрьмы, и въ исправительные пріюты, при признаніи же разумѣнія, они наказывались, но иначе, чѣмъ взрослые, а именно вмѣсто каторги съ лишеніемъ всѣхъ правъ—ссылались на поселеніе въ Сибирь (но и до 1863 г. безъ тѣлеснаго наказанія); за преступленія, влекшія за собою ссылку на поселеніе, ссылку на житье, отдачу въ арестантскія роты или въ рабочій домъ,—они отдавались въ монастырь на срокъ до 8 лѣтъ; отдача въ монастырь замѣнялась отдачею въ тюрьму на тѣ же сроки, какъ скоро не было по близости монастырей того вѣроисповѣданія, или виновные принадлежали къ вѣроисповѣданіямъ, не признающимъ монашества. За прочія преступныя дѣянія они подвергались исправительному домашнему, по распоряженію родителей или опекуновъ, наказанію, т. е. подвергались дисциплинарному взысканію и приравнивались къ дѣтямъ этого возраста, дѣйствовавшимъ безъ разумѣнія.

Рядомъ позднѣйшихъ узаконеній постановленія эти подверглись еще и до закона 2 Іюня 1897 г. значительнымъ измѣненіямъ, такъ законъ 17 Апрѣля 1863 г. сократилъ на 1/3 сроки пребыванія въ монастыряхъ и тюрьмахъ; съ введеніемъ устава мирового 20 Ноября 1864 г. создался особый порядокъ отвѣтственности для малолѣтнихъ, подсудныхъ

мировымъ судьямъ; наконецъ, по закону 27 Апрѣля 1892 г. по отношенію ко всѣмъ малолѣтнимъ этой группы, присужденнымъ къ наказаніямъ, указаннымъ въ п.п. 1—3 статьи 138 (по изд. 1885 г.), а равно и осужденнымъ за преступныя дѣянія, за которыя назначено наказаніе не ниже тюрьмы, допущена отдача въ исправительные пріюты.

Но главный недостатокъ этихъ постановленій, неподходящій для малолѣтнихъ выборъ наказаній, оставался въ силѣ. Особенно поражало лишеніе всѣхъ правъ состоянія, представлявшееся мѣрою не только крайне суровою, но и не практичною уже потому, что подсудимый лишался и такихъ правъ, которыми онъ по закону и не могъ пользоваться. Также совершенно непригодною представлялась и ссылка на поселеніе: вырывая ребенка изъ прежней среды и перенося въ новую, ему чуждую, нерѣдко даже совершенно враждебную, оставляя его тамъ безъ поддержки моральной, а иногда даже безъ всякой возможности зарабатывать себѣ пропитаніе, вслѣдствіе отсутствія знанія и непривычки къ труду, законъ, очевидно, дѣйствовалъ нераціонально.

Рядомъ съ отрочествомъ уложеніе 1845 г. ставило юность, отъ 14—21 года, которая признавалась только причиною уменьшенія отвѣтственности. При этомъ законъ различалъ случаи присужденія ихъ къ наказаніямъ уголовнымъ и наказаніямъ исправительнымъ. Изъ наказаній уголовныхъ къ несовершеннолѣтнимъ смертная казнь [1]) и ссылка на поселеніе примѣнялись безъ измѣненій, безсрочная каторга замѣнялась срочной, а сроки каторги уменьшались на 1/3. По отношенію къ наказаніямъ исправительнымъ уложеніе 1845 г. замѣняло ссылку на житье или отдачу въ арестантскія отдѣленія или рабочій домъ отдачею въ военную службу рядовымъ съ выслугою или, въ случаѣ неспособности къ строевой службѣ, въ писцы военнаго вѣдомства, также съ выслугою, а низшія наказанія примѣняло безъ замѣны, но съ смягченіемъ на 1 или 2 степени. По закону 1850 г. отдача въ рабочій домъ для несовершеннолѣтнихъ, не изъятыхъ отъ тѣлесныхъ наказаній, замѣнялась наказаніемъ розгами, но эти постановленія были существенно измѣнены указами 22 Марта 1860 г. и 1 Января 1874 г., а въ особенности закономъ 27 Октября 1881 г., въ силу коего несовершеннолѣтніе по ст. 140 вмѣсто ссылки на житье, отдачи въ арестантскія отдѣленія и въ тюрьму, замѣнившую рабочій домъ, приговаривались къ тюрьмѣ на сроки, положенные для содержанія совершеннолѣтнихъ въ арестантскихъ отдѣленіяхъ и тюрьмахъ, но съ уменьшеніемъ сихъ сроковъ на одну или на двѣ степени и притомъ безъ лишенія или ограниченія правъ [2]) и безъ отдачи подъ полицейскій надзоръ. Въ случаѣ же присужденія лица этого возраста къ крѣпости, бывшему смирительному дому или тюрьмѣ, они подлежали

---

1) Статья 139 ул. (по изд. 1885 г.) умалчивала о смертной казни. А. Кистяковскій, учебникъ, стр. 499, доказываетъ, что это умолчаніе должно быть разъясняемо въ смыслѣ непримѣненія этой казни къ лицамъ 14—21 года, но, къ сожалѣнію, этому гуманному толкованію противорѣчитъ текстъ закона, который гласитъ: «подвергаются тѣмъ же наказаніямъ, какъ и совершеннолѣтніе, съ тою лишь разницею.... Практика наша рѣшила вопросъ о примѣненіи смертной казни утвердительно: такъ верховнымъ судомъ по дѣлу о соучастникахъ Каракозова былъ приговоренъ къ смертной казни Ермоловъ, 20 лѣтъ; по дѣлу 1 Марта 1881 г. былъ казненъ Рысаковъ, 20 лѣтъ; по дѣлу 1 Марта 1882 г. былъ казненъ Ульяновъ 20 лѣтъ. Ср. также рѣшеніе глав. воен. суда 70/40, Гладштейна. Кистяковскій ссылается на такой же пробѣлъ ст. 138, относительно наказуемости дѣтей отъ 10—14 лѣтъ, дѣйствовавшихъ съ разумѣніемъ, но тамъ такого указанія на приравненіе къ взрослымъ не содержалось, а общимъ образомъ говорилось о смягченіи наказаній; кромѣ того, въ вышедшемъ послѣ уложенія сводѣ военныхъ постановленій (ст. 104 по изд. 1859 г.) прямо было указано, что малолѣтніе отъ 10—14 лѣтъ, дѣйствовавшіе съ разумѣніемъ, не подвергаются смертной казни, а подлежатъ наказаніямъ, ее замѣняющимъ. При этомъ нельзя не припомнить, что уложеніе 1845 г. оказалось суровѣе указа 1742 г., не допускавшаго смертной казни для лицъ моложе 17 лѣтъ.

2) Но это правило не распространялось на нѣкоторыя спеціальныя правопораженія, которыя указаны не въ общей лѣстницѣ наказаній, а въ особенной части уложенія, въ уставахъ казенныхъ управленій, въ уставѣ о службѣ государственной и общественной, въ учрежденіи судебныхъ установленій и т. п. Эти правопораженія, будучи безусловнымъ послѣдствіемъ извѣстныхъ преступныхъ дѣяній или извѣстныхъ наказаній, примѣнялись ко всѣмъ лицамъ, безотносительно къ ихъ возрасту.

симъ наказаніямъ, но съ уменьшеніемъ на 1 или 2 степени и безъ пораженія въ правахъ, причемъ въ крѣпости и тюрьмѣ несовершеннолѣтніе должны были содержаться отдѣльно отъ прочихъ заключенныхъ [1]); денежныя взысканія и выговоры, замѣчанія и внушенія примѣнялись безъ измѣненія, и наконецъ по ст. 144 ул. (по изд. 1885 г.) несовершеннолѣтніе за преступныя дѣянія, учиненныя по неосторожности, подвергались лишь домашнему исправительному наказанію по распоряженію родителей или опекуновъ [2]).

Но особенно существенныя измѣненія по отношенію къ отвѣтственности несовершеннолѣтнихъ отъ 14—21 года были внесены судебными уставами. Находя, что срокъ отрочества и условной вмѣняемости, принятый въ уложеніи, не соотвѣтствуетъ ни климатическимъ, ни соціальнымъ условіямъ русской жизни, составители уставовъ возвратились къ системѣ свода и приняли такою гранью 17 лѣтъ, но при согласованіи, по закону 27 Декабря 1865 г., уложенія съ уставами, не нашли возможнымъ ограничиться простою замѣною 17 лѣтъ 14-ю, а создали особую возрастную эпоху отъ 14—17 лѣтъ. По отношенію къ этимъ лицамъ судъ долженъ былъ рѣшать каждый разъ, дѣйствовали-ли они съ полнымъ разумѣніемъ или безъ таковаго [3]), т. е. законъ посмотрѣлъ на это состояніе, какъ на уменьшенную вмѣняемость, хотя въ силу этого естественно рождались вопросы: почему такое промежуточное состояніе невозможно относительно дѣтей отъ 10—14 л., и какъ поступать съ юношами отъ 14—17 л., которые окажутся вовсе не имѣющими разумѣнія [4])? Съ другой стороны, такое построеніе не соотвѣтствовало уставу уголовнаго судопроизводства, на основаніи коего о всѣхъ малолѣтнихъ отъ 10—17 лѣтъ одинаково ставился вопросъ о наличности у нихъ полнаго разумѣнія.

Въ случаѣ признанія несовершеннолѣтнихъ отъ 14—17 лѣтъ дѣйствовавшими съ полнымъ разумѣніемъ, они наказывались, какъ и юноши отъ 17—21 года, при отрицаніи же полнаго разумѣнія судъ могъ или подвергнуть ихъ наказаніямъ, опредѣленнымъ для дѣтей отъ 10—14 лѣтъ, дѣйствовавшихъ съ разумѣніемъ, до ссылки на поселеніе включительно, или отдать ихъ до достиженія 18-ти-лѣтняго возраста въ исправительные пріюты, гдѣ таковые устроены, а гдѣ ихъ нѣтъ, въ тюрьму на время не свыше одного года и четырехъ мѣсяцевъ.

При этомъ, какъ въ тѣхъ случаяхъ, когда судъ, на основаніи ст. 138, замѣнялъ для малолѣтнихъ отъ 10—14 л. или отъ 14—17 л. нормальное наказаніе другимъ, такъ и въ тѣхъ, когда онъ, согласно ст. 139 и 140, смягчалъ для несовершеннолѣтнихъ отъ 17—21 г. и отъ 14—17 л. нормальное наказаніе, одинаково возбуждался вопросъ: въ какомъ отношеніи это вліяніе возраста должно стоять къ другимъ условіямъ, опредѣляющимъ наказуемость? Въ этомъ отношеніи Правительствующій Сенатъ, послѣ значительныхъ колебаній, далъ вполнѣ раціональный отвѣтъ [рѣш. 82/6, Спрыжкова; 83/16, Розберга; 90/28 (о. с.)], что такъ какъ нашъ законъ и по отношенію къ малолѣтнимъ имѣетъ въ виду не принятіе мѣръ безопасности противъ порочныхъ и преступныхъ наклонностей, ими обнаруженныхъ, а установленіе отвѣтственности, хотя и отличной отъ отвѣтственности взрослыхъ, за учиненное ими виновное дѣяніе [5]), что подтверждается и самымъ текстомъ закона, то въ подобныхъ случаяхъ судъ, констатировавъ фактъ учиненія дѣянія подсудимымъ, долженъ опредѣлить, какой бы отвѣтственности подлежалъ виновный,

---

1) Это положеніе повторено въ ст. 173 уст. о содерж. подъ страж. (изд. 1892 г.) и притомъ въ болѣе широкой формѣ, такъ какъ оно распространено и на содержащихся при полиціи; относительно арестныхъ домовъ ст. 131 того же устава говоритъ только объ отдѣленіи, по возможности, несовершеннолѣтнихъ отъ другихъ содержащихся подъ стражею.

2) Ср. Волжинъ, Отвѣтственность несовершеннолѣтнихъ за преступныя дѣянія, учиненныя по неосторожности. Ю. В. 1888 г., стр. 274. Хотя законъ называлъ это исправительнымъ наказаніемъ, но эта мѣра, очевидно, была тождественна съ домашнимъ исправленіемъ.

3) Въ проектѣ устава говорилось о разумѣніи и только въ Государственномъ Совѣтѣ было вставлено слово «полное», но безъ всякихъ объясненій основаній такой прибавки.

4) Правительствующій Сенатъ (рѣш. 73/198, Смирнова) разъяснилъ, что въ случаѣ отвѣта присяжныхъ, что подсудимый дѣйствовалъ безъ разумѣнія, этотъ отвѣтъ долженъ быть понимаемъ, какъ отрицаніе лишь *полнаго* разумѣнія, и виновный долженъ подлежать отвѣтственности въ порядкѣ 2 ч. 137 ст.

5) Ср. относительно основаній отвѣтственности малолѣтнихъ по уложенію и проекту, Гретеноръ, в. с.

если бы онъ былъ совершеннолѣтній, и затѣмъ установленную такимъ образомъ мѣру наказанія замѣнить или смягчить, согласно указаніямъ закона объ отвѣтственности малолѣтнихъ и несовершеннолѣтнихъ.

Сверхъ общихъ вышеизложенныхъ правилъ объ отвѣтственности малолѣтнихъ и несовершеннолѣтнихъ, уложеніе содержало нѣкоторыя особыя правила о смягченіи и усиленіи ихъ отвѣтственности. Такъ, по ст. 143 наказаніе уменьшалось на одну или двѣ степени, если несовершеннолѣтній былъ вовлеченъ въ преступленіе совершеннолѣтнимъ.

Съ другой стороны, уложеніе 1845 г. знало одно условіе, при которомъ молодость теряла всякое значеніе, а именно по ст. 146 (изд. 1885 г.) малолѣтніе и несовершеннолѣтніе, въ случаѣ учиненія ими новаго преступнаго дѣянія, наказывались какъ совершеннолѣтніе.

Но это, повидимому, столь простое правило оказалось крайне несостоятельнымъ теоретически и весьма неудобнымъ для практики, особенно послѣ изданія устава о наказ., чѣмъ и объясняется обширная и весьма разнообразная практика Сената, имъ вызванная.

Еще римское право выставило положеніе, что malitia supplet aetatem, т. е., что въ извѣстныхъ случаяхъ смягчающее вліяніе возраста парализуется особенною злостью, хитростью, лукавствомъ, выказанными малолѣтними преступниками; что иногда преждевременная зрѣлость преступной воли заставляетъ забыть о возрастѣ [1]). Это ученіе было весьма распространено въ средневѣковыхъ законодательствахъ, причемъ признакомъ преждевременной зрѣлости принималось или учиненіе малолѣтнимъ какихъ либо особенно тяжкихъ преступленій, или же привычка къ преступной дѣятельности. Послѣднее предположеніе усвоило наше уложеніе, и притомъ въ самой неудачной формулировкѣ, а именно, признавъ признакомъ привычки фактъ повторенія. Составители вовсе не обратили вниманія на то, что фактъ повторенія далеко не всегда указываетъ на неисправимость преступника, а наши тюрьмы, въ которыя помѣщались малолѣтніе, устроены вовсе не такъ, чтобы про освобожденныхъ изъ нихъ можно было сказать, что надъ ними безуспѣшно были испробованы всѣ средства исправленія. А между тѣмъ, въ силу этого постановленія, двѣнадцатилѣтній мальчикъ могъ быть приговоренъ къ каторжной работѣ. Даже Сенатъ, въ рѣшеніи по дѣлу Березина (69/319), замѣтилъ, что такъ какъ ст. 146 относится къ числу самыхъ строгихъ постановленій нашего уложенія, то она не допускаетъ возможности расширять случаи ея примѣненія, давая ей распространительное толкованіе.

Поэтому Сенатъ старался (въ особенности 74/46 о. с.) по возможности ограничить ея примѣненіе, стѣснительно опредѣляя какъ условія перваго дѣянія, за которое былъ уже осужденъ малолѣтній (былъ судимъ и наказанъ), такъ и соотношеніе съ нимъ вновь учиненнаго (то самое, равное или болѣе тяжкое и притомъ учиненное съ полнымъ разумѣніемъ). Самое приравненіе Сенатъ разъяснилъ въ томъ смыслѣ, что они подлежатъ наказанію хотя и наравнѣ съ совершеннолѣтними, но какъ съ учинившими такое дѣяніе въ 1-й разъ, причемъ всѣ случаи судимости и отвѣтственности по уставу о наказаніяхъ разсматриваются, какъ одно осужденіе и т. д.

Всѣ эти рѣшенія, въ особенности въ примѣненіи къ сложной рецидивѣ, создали такія неразрѣшимыя для практики затрудненія, что возможный выходъ изъ нихъ могъ быть данъ только путемъ законодательнымъ. Уже уставъ 1864 г. не содержалъ постановленія, аналогичнаго ст. 146, а законъ 2 Февраля 1892 г. отмѣнилъ и самую эту статью.

Такимъ образомъ, по этому закону при опредѣленіи отвѣтственности рецидивистовъ малолѣтнихъ, судъ долженъ былъ установить, какому наказанію за это дѣяніе подлежалъ бы рецидивистъ взрослый, а потомъ къ выбранной мѣрѣ отвѣтственности долженъ былъ примѣнить общія правила о замѣнѣ или смягченіи наказанія для несовершеннолѣтнихъ.

По уставу о наказаніяхъ, налагаемыхъ мировыми судьями, отрочеству соотвѣтствовалъ возрастъ отъ 10—17 лѣтъ, причемъ законъ не содержалъ никакихъ постановленій объ условіяхъ вмѣняемости малолѣтнимъ, а говорилъ (ст. 11), что наказаніе имъ назначается въ половинномъ размѣрѣ и что кромѣ того малолѣтнихъ отъ 10—14 л. судья, не подвергая

---

1) Ср. Schwarze, Ueber den Satz, «malitia supplet aetatem». G. 1868, стр. 65.

наказанію, можетъ отдать родителямъ, опекунамъ или родственникамъ для домашняго исправленія. Кромѣ того, по ст. 6 тѣ малолѣтніе отъ 10—17 л., которые за учиненныя ими дѣянія должны были подлежать заключенію въ тюрьмѣ, могли быть обращаемы въ исправительные пріюты для малолѣтнихъ, гдѣ таковые учреждены и гдѣ они могли быть оставляемы впредь до исправленія, но не долѣе достиженія ими 18 лѣтъ.

Первоначально сроки пребыванія въ пріютахъ опредѣлялись мировыми судьями, причемъ они не должны были совпадать съ сроками тюремнаго заключенія, замѣняемаго таковою отдачею, и во всякомъ случаѣ быть настолько продолжительными, чтобы не противорѣчить существу этой карательно-воспитательной мѣры. Въ объяснительной запискѣ къ уставу было указано: «сроки ни въ какомъ случаѣ не должны совпадать со временемъ, назначеннымъ въ законѣ для тюремнаго заключенія, потому что эти сроки будутъ весьма коротки и, вслѣдствіе того, не могутъ быть достаточны для достиженія полезныхъ результатовъ отъ содержанія въ исправительномъ пріютѣ. Притомъ же, тюремное заключеніе не можетъ быть сравниваемо относительно срока съ содержаніемъ въ пріютѣ, потому что первое гораздо суровѣе послѣдняго и исправительные пріюты есть скорѣе воспитательно-учебныя заведеніе, чѣмъ мѣста заключенія». Также и Правительствующій Сенатъ, въ своемъ циркулярномъ указѣ отъ 10 Декабря 1879 г., выразилъ мысль: во-1-хъ, что на судьяхъ тѣхъ мѣстностей, гдѣ учреждены исправительные пріюты, лежитъ нравственный долгъ избѣгать, по возможности, заключенія въ тюрьмы несовершеннолѣтнихъ, замѣняя это наказаніе отдачею въ пріюты, а во-2-хъ, что судьи должны приговаривать на сроки, настолько продолжительные, чтобы исправительные пріюты имѣли возможность исполнять свою задачу исправленія отдаваемыхъ на ихъ попеченіе малолѣтнихъ; эти положенія были затѣмъ подтверждены вторымъ циркулярнымъ указомъ Сената отъ 22 Февраля 1885 года.

Но несмотря на эти подтвердительные указы, судьи весьма нерѣдко назначали сроки столь незначительные, что пребываніе осужденныхъ въ пріютахъ оказывалось совершенно безполезнымъ, такъ что, наконецъ, законъ 27 Апрѣля 1892 г. измѣнилъ ст. 6 въ томъ смыслѣ, что устранилъ назначеніе судьею срока, ограничившись только указаніемъ, что они отдаются впредь до исправленія.

Относительно несовершеннолѣтнихъ старѣе 17 лѣтъ уставъ о наказ. не содержалъ никакихъ постановленій, такъ что они подвергались наказанію наравнѣ со взрослыми.

Но всѣ изложенныя постановленія нашего права объ отвѣтственности малолѣтнихъ и несовершеннолѣтнихъ были совершенно измѣнены закономъ 2 Іюня 1897 г. Независимо отъ измѣненія постановленій о порядкѣ разсмотрѣнія дѣлъ о малолѣтнихъ, этотъ законъ измѣнилъ ст. 137—140 улож. и 6 и 11 ст. уст. о нак. Законопроектъ, внесенный министромъ юстиціи въ Государственный Совѣтъ, въ матеріальной своей части былъ основанъ на предположеніяхъ Редакціонной Комиссіи, но такъ какъ этотъ законопроектъ былъ подвергнутъ нѣкоторымъ измѣненіямъ въ Государственномъ Совѣтѣ и въ этомъ видѣ вошелъ въ законъ 1897 г., то затѣмъ и проектъ уложенія былъ согласованъ съ новымъ закономъ.

Вслѣдствіе этого и не представляется необходимымъ излагать отдѣльно систему закона 1897 г., какъ вошедшую во всѣхъ своихъ существенныхъ чертахъ въ дѣйствующее уложеніе, и я перехожу къ изложенію его постановленій.

Уголовное уложеніе признаетъ отрочество отъ 10—17 лѣтъ возрастомъ условной вмѣняемости, поэтому о каждомъ подсудимомъ этого возраста, признанномъ учинившимъ преступное дѣяніе, долженъ быть разрѣшенъ особый вопросъ о вмѣняемости, причемъ употребленный въ уложеніи 1845 г. терминъ разумѣніе замѣненъ общимъ критеріумомъ вмѣняемости, чтобы устранить всякое сомнѣніе въ томъ, что ея условія одинаковы для взрослыхъ и для малолѣтнихъ. Несовершеннолѣтніе, признанные невмѣняемыми, конечно, не могутъ подлежать наказанію, но и по отношенію къ нимъ могутъ быть, по усмотрѣнію суда, приняты нижеслѣдующія государственныя мѣры охраны:

1) Отдача подъ отвѣтственный надзоръ. Такой надзоръ можетъ быть возложенъ на родителей малолѣтняго или на лицъ, на попеченіи коихъ они

состоятъ; надзоръ можетъ быть порученъ и другимъ благонадежнымъ лицамъ, но не иначе, какъ съ ихъ на то согласія. Въ этой послѣдней формѣ надзоръ соотвѣтствуетъ практикуемому въ нѣкоторыхъ законодательствахъ помѣщенію въ чужія семьи. Сущность надзора состоитъ въ предотвращеніи учиненія малолѣтними преступныхъ дѣяній, поэтому эти лица подлежатъ (ст. 420) отвѣтственности, за оставленіе малолѣтнихъ безъ надлежащаго надзора, если вслѣдствіе сего поднадзорный учинитъ преступленіе—аресту до 1 мѣсяца или денежной пенѣ до 100 р. [1]).

2) Помѣщеніе въ исправительно-воспитательныя заведенія, впредь до исправленія, но во всякомъ случаѣ не долѣе достиженія ими 21 года, а тѣ изъ нихъ, которые подлежатъ призыву на военную службу ранѣе сего возраста—до наступленія срока для явки къ такому призыву [2]). Условія и порядокъ отдачи и пребыванія въ пріютахъ остаются тѣ же, какіе были и при дѣйствіи уложенія о наказ., причемъ и уставы всѣхъ существующихъ нынѣ заведеній этого рода сохраняютъ полную силу; нельзя, однако, не вспомнить, что, какъ было замѣчено выше, при разсмотрѣніи законопроекта 1897 г. въ Государственномъ Совѣтѣ было указано на необходимость, независимо отъ частныхъ заведеній, приступить къ устройству правительственныхъ, въ которыя преимущественно могли бы быть помѣщаемы болѣе возрастные малолѣтніе. Въ эти заведенія могутъ быть обращаемы несовершеннолѣтніе, учинившіе преступленіе или и проступокъ, но обращенный въ ремесло или свидѣтельствующій о привычкѣ къ преступной дѣятельности; при этомъ законъ прибавляетъ, что несовершеннолѣтніе отъ 14—17 л., признанные учинившими тяжкое преступленіе, обращаются преимущественно въ исправительно-воспитательныя заведенія.

3) Помѣщеніе въ монастыри ихъ вѣроисповѣданія. Такая отдача можетъ послѣдовать лишь относительно лицъ женскаго пола [3]), и притомъ при недостаткѣ помѣщенія въ пріютахъ и, слѣдовательно, примѣнима только въ тѣхъ случаяхъ, когда можетъ быть опредѣлена отдача въ пріюты. Срокъ и порядокъ содержанія въ монастыряхъ не опредѣляются, но несовершеннолѣтніе

---

[1]) Отдача подъ надзоръ принята и итальянскимъ уложеніемъ (ст. 53), которое назначаетъ въ случаѣ учиненія малолѣтнимъ проступка за недостатокъ надзора пеню до 2.000 фр. Кромѣ того, ст. 60 постановляетъ, что въ случаѣ учиненія *нарушенія* лицомъ, состоящимъ подъ властью, подъ управленіемъ или наблюденіемъ другого лица (безотносительно, были ли они отданы подъ таковой судомъ или находились, въ силу естественныхъ семейныхъ условій, воспитанія, обученія), наказанія налагаются независимо отъ учинившаго и на этихъ лицъ, какъ скоро нарушеніе относилось къ такимъ требованіямъ закона, которыя были обязательны и для нихъ, и при надлежащей внимательности они могли воспрепятствовать ихъ нарушенію.

[2]) По закону 1897 г. и по проекту былъ сохраненъ 18-ти лѣтній срокъ, но особое совѣщаніе при Государственномъ Совѣтѣ, основываясь на ходатайствѣ съѣздовъ русскихъ исправительныхъ заведеній и на примѣрѣ западно-европейскихъ государствъ, сочло возможнымъ продлить этотъ срокъ до 21 года или эвентуально до призыва къ отбыванію воинской повинности.

[3]) По закону 1897 г. и по проекту въ монастыри могли быть отдаваемы и малолѣтніе мужскаго пола, но особое совѣщаніе при Государственномъ Совѣтѣ нашло, что хотя со времени закона 1897 г. прошло немного времени, но опытъ успѣлъ уже показать, что монастыри, по крайней мѣрѣ, мужскіе, оказались для означенной цѣли неподготовленными, а потому означенная мѣра сохранена только для малолѣтнихъ преступницъ.

во всякомъ случаѣ могутъ быть оставляемы только до достиженія 21 года. Кромѣ того, въ уставѣ уголовнаго судопроизводства указано [1]), что малолѣтніе православнаго исповѣданія отправляются въ монастыри, указанные для этого мѣстнымъ епархіальнымъ начальствомъ, и что въ монастыряхъ иновѣрныхъ исповѣданій малолѣтніе помѣщаются лишь въ томъ случаѣ, когда жительство въ такихъ монастыряхъ постороннихъ лицъ не воспрещено особыми о томъ постановленіями, какъ, напр., указомъ 22 Ноября 1864 г. въ католическихъ монастыряхъ Царства Польскаго.

4) Отдача въ особыя помѣщенія для несовершеннолѣтнихъ при тюрьмахъ или арестныхъ домахъ на сроки не свыше трехъ лѣтъ. Такая отдача допускается лишь по отношенію къ несовершеннолѣтнимъ отъ 14 до 17 л., признаннымъ виновными въ тяжкомъ преступленіи, и притомъ лишь въ случаѣ оказавшагося недостатка помѣщенія въ пріютахъ. Согласно терминологіи уложенія, выраженіе «помѣщенія» означаетъ особое отдѣленіе тюрьмы или арестнаго дома, не имѣющее общенія съ помѣщеніемъ для взрослыхъ.

Въ случаѣ же признанія несовершеннолѣтнихъ обладающими вмѣняемостью, они подлежатъ наказанію, но общія карательныя мѣры замѣняются другими, причемъ такая замѣна зависитъ отъ двухъ факторовъ: тяжести учиненнаго дѣянія и возраста виновнаго, а самый порядокъ замѣны сохраняется тотъ же, который былъ установленъ Правительствующимъ Сенатомъ по отношенію къ уложенію о наказ., т. е. судъ долженъ съ точностью опредѣлить, какому наказанію подлежалъ бы виновный, если бы былъ совершеннолѣтній, а затѣмъ это наказаніе замѣнить согласно ст. 55.

Самая схема замѣны слѣдующая:

1. Вмѣсто ареста и денежной пени—несовершеннолѣтніе отъ 10—17 лѣтъ подлежатъ внушенію отъ суда, но если, однако, судъ найдетъ, что проступки обращены несовершеннолѣтнимъ въ промыселъ или свидѣтельствуютъ о привычкѣ къ преступной дѣятельности, то онъ можетъ отдать ихъ въ исправительно-воспитательное заведеніе.

2. Вмѣсто поселенія, исправительнаго дома, крѣпости, или тюрьмы несовершеннолѣтніе отъ 10—17 лѣтъ подлежатъ отдачѣ въ исправительно-воспитательныя заведенія.

3. Вмѣсто смертной казни, или каторги несовершеннолѣтніе отъ 10—14 л. подлежатъ отдачѣ въ исправительно-воспитательныя заведенія, а несовершеннолѣтніе отъ 14—17 л. заключенію въ тюрьмѣ на срокъ отъ 3—8 л. при замѣнѣ поселенія или срочной каторги, и на сроки отъ 8—12 лѣтъ, при замѣнѣ каторги безъ срока или смертной казни.

При недостаткѣ же или переполненіи исправительно-воспитательныхъ заведеній, подлежащія отдачѣ въ оныя малолѣтнія женскаго пола могутъ быть помѣщаемы въ монастыри по правиламъ вышеозначеннымъ, а мальчики, а равно и дѣвочки при недостаткѣ монастырей, могутъ быть, признанные

---

1) Постановленіе это внесено въ законъ 1897 г. согласно указанію оберъ-прокурора Святѣйшаго Синода (ср. Журналъ совѣщанія, стр. 7).

*

виновными въ тяжкомъ преступленіи или преступленіи, влекущемъ наказаніе не ниже исправительнаго дома—отданы въ особыя помѣщенія для малолѣтнихъ при тюрьмахъ и арестныхъ домахъ, а признанные виновными въ преступныхъ дѣяніяхъ менѣе важныхъ—отданы подъ отвѣтственный надзоръ.

Кромѣ того, уголовное уложеніе предусматриваетъ тотъ случай, когда несовершеннолѣтнему, подлежащему помѣщенію въ исправительный пріютъ по силѣ 2-го, а не 3-го п. ст. 55, во время обращенія приговора къ исполненію исполнился уже 21 годъ; тогда онъ подлежитъ заключенію въ тюрьму не свыше 5 лѣтъ, когда отдача предполагалась взамѣнъ смертной казни, каторги или поселенія, а въ прочихъ случаяхъ, на срокъ, равный половинѣ срока того наказанія, которое замѣнялось отдачею въ исправительно-воспитательныя заведенія.

По проекту Редакціонной Комиссіи несовершеннолѣтніе отъ 10—17 лѣтъ не подлежали ни лишенію, ни ограниченію правъ, но по закону 2 Іюня 1897 г. сдѣлано исключеніе для признанныхъ подлежащими смертной казни или каторгѣ, къ нимъ примѣняются пораженія правъ, по уложенію сіи наказанія сопровождающія; это положеніе сохранено и въ дѣйствующемъ уложеніи.

Но юный возрастъ вліяетъ, какъ было указано, и на порядокъ процесса[1]). По отношенію къ дѣтямъ моложе 10 лѣтъ не можетъ быть возбуждаемо преслѣдованіе, а возбужденное подлежитъ прекращенію, или, какъ говорила ст. 137 улож. о нак. въ редакціи 1897 г., дѣти, коимъ менѣе 10 лѣтъ, не подвергаются судебному преслѣдованію [2]); при этомъ это положеніе одинаково обязательно для всѣхъ органовъ, производящихъ дознаніе или слѣдствіе, для прокурорскаго надзора и для единоличныхъ судей. Если недостиженіе 10-ти-лѣтняго возраста будетъ обнаружено уже по возбужденіи производства, то прекращеніе его должно послѣдовать въ томъ же порядкѣ, какъ и по поводу другихъ обстоятельствъ, указанныхъ въ ст. 16 у. у. с., напр., давности, смерти обвиняемаго и т. п.

Дѣла же по обвиненію малолѣтнихъ отъ 10—17 лѣтъ во всякомъ случаѣ подлежатъ судебному разсмотрѣнію, причемъ до закона 1897 г. нашъ уставъ угол. судопроизв. не дѣлалъ никакихъ особенныхъ изъятій относительно дѣлъ этого рода, но уже въ 1888 г. мин. юстиціи циркуляромъ поручилъ прокуратурѣ по отношенію къ обвиненію дѣтей отъ 10—14 лѣтъ, въ особенности обвиняемыхъ въ дѣяніяхъ, не принадлежащихъ къ числу обыкновенныхъ, дѣйствовать съ особою осторожностью и, при усмотрѣніи недостаточнаго духовнаго развитія, прекращать дѣло безъ судебнаго разсмотрѣнія, причемъ эти дѣти или помѣщались въ пріюты или же отдавались родителямъ и родственникамъ для домашняго исправленія.

---

1) Въ журналѣ особаго совѣщанія при Государственномъ Совѣтѣ по этому поводу было указано, что такое правило, представляясь безусловно необходимымъ, по существу своему является правиломъ процессуальнымъ, а потому и подлежитъ включенію въ уставъ уголовнаго судопроизводства.

2) Ср. у Slupecki, в. с., стр. 27 и 70 и сл., о вліяніи дѣтства и отрочества на процессуальный порядокъ.

Законъ 2 Іюня 1897 г. пошелъ въ этомъ отношеніи гораздо далѣе, въ особенности относительно дѣлъ, подсудныхъ общимъ судебнымъ мѣстамъ. По дѣламъ этого рода судебный слѣдователь, если признаетъ необходимымъ привлечь въ качествѣ обвиняемаго несовершеннолѣтняго отъ 10—17 лѣтъ, то производитъ разслѣдованіе о всѣхъ обстоятельствахъ, могущихъ служить основаніемъ для сужденія о возможности вмѣненія ему въ вину содѣяннаго, обращая особое вниманіе на степень его умственнаго и нравственнаго развитія, на сознаніе имъ преступности учиненнаго дѣянія, а также и на причины, приведшія къ его совершенію, и затѣмъ, по окончаніи слѣдствія, все производство передаетъ прокурору, который вноситъ его съ своимъ заключеніемъ въ окружный судъ; точно также въ окружный судъ направляются прокуроромъ всѣ дѣла о несовершеннолѣтнихъ, подсудныхъ окружнымъ судамъ, по коимъ не производилось предварительное слѣдствіе.

Окружный судъ разсматриваетъ дѣло въ распорядительномъ засѣданіи по выслушаніи прокурорскаго надзора и затѣмъ, если признаетъ, что обвиняемый обладалъ вмѣняемостью, возвращаетъ производство прокурору для направленія въ общемъ порядкѣ, а въ противномъ случаѣ, признавая подсудимаго учинившимъ преступное дѣяніе, постановляетъ опредѣленіе о прекращеніи судебнаго преслѣдованія, постановляя при томъ или объ освобожденіи отъ всякой отвѣтственности или о примѣненіи къ малолѣтнему мѣръ, указанныхъ въ уголовномъ уложеніи.

О такомъ разсмотрѣніи дѣлъ извѣщаются родители обвиняемаго или лица, на попеченіи коихъ онъ находился, буде они имѣютъ жительство въ округѣ того же суда; въ случаѣ ихъ явки они допускаются къ дачѣ объясненій; но при обвиненіи въ преступленіи судъ имѣетъ право требовать личной явки этихъ лицъ. Въ засѣданіе для дачи объясненій вызывается обвиняемый, которому предоставляется право избрать защитника, а при неизбраніи имъ защитникъ обязательно назначается судомъ.

Если у суда возникнетъ сомнѣніе или если будетъ заявлено требованіе прокурора или ходатайство другихъ участвующихъ лицъ, то въ засѣданіе вызываются, во-1-хъ, въ качествѣ свѣдущихъ лицъ—врачи, воспитатели, учителя или вообще лица, занимающіяся воспитаніемъ юношества, во-2-хъ, спрошенные при предварительномъ слѣдствіи свидѣтели, которыхъ допросъ найденъ будетъ необходимымъ для выясненія обстоятельствъ дѣла и умственнаго развитія обвиняемаго.

При самомъ производствѣ дѣлъ относительно несовершеннолѣтнихъ въ общемъ порядкѣ допускаются нѣкоторыя особенности:

1) Дѣла о несовершеннолѣтнихъ отъ 10—17 лѣтъ должны быть разсматриваемы, по возможности, отдѣльно отъ дѣлъ о взрослыхъ соучастникахъ.

2) Предварительный арестъ примѣняется къ нимъ только въ случаѣ явной необходимости и притомъ на это время они помѣщаются или въ исправительно-воспитательныя заведенія для несовершеннолѣтнихъ, или въ иныя заведенія для призрѣнія дѣтей, и только малолѣтніе отъ 14—17 л., обвиняемые въ тяжкихъ преступленіяхъ или преступленіяхъ, караемыхъ исправительнымъ домомъ, при невозможности помѣщенія ихъ въ исправительные пріюты, могутъ содержаться въ особыхъ помѣщеніяхъ при тюрьмахъ и арестныхъ домахъ.

Въ случаѣ невозможности принятія всѣхъ этихъ мѣръ пресѣченія, они могутъ быть помѣщаемы для предварительнаго заключенія въ монастыри.

3) Подсудимымъ отъ 10—17, не избравшимъ защитника, таковой назначается судомъ и безъ всякой о томъ просьбы; судебное засѣданіе по этимъ дѣламъ не можетъ быть производимо при отсутствіи защитника.

4) Судебное засѣданіе по дѣламъ о несовершеннолѣтнихъ отъ 10—17 лѣтъ происходитъ при закрытыхъ дверяхъ.

5) По этимъ дѣламъ въ судъ вызываются родители подсудимаго или лица, на попеченіи коихъ онъ состоитъ, если они проживаютъ въ округѣ суда; они допускаются къ дачѣ объясненій, а въ наиболѣе важныхъ случаяхъ судъ можетъ требовать ихъ явки.

6) Подсудимые отъ 10—17 лѣтъ могутъ быть удаляемы изъ залы засѣданія по опредѣленію суда, какъ на время отдѣльныхъ слѣдственныхъ дѣйствій, такъ и на время заключительныхъ преній.

7) О несовершеннолѣтнихъ отъ 10—17 лѣтъ обязательно ставится особый вопросъ о томъ, находились-ли они въ состояніи вмѣняемости, или нѣтъ.

По законопроекту 1897 г. предполагалось, по примѣру французскаго и германскаго (§ 73 учр. суд. уст.) законодательства, изъять дѣла о малолѣтнихъ, не имѣвшихъ взрослыхъ соучастниковъ, изъ-подъ вѣдѣнія суда присяжныхъ, въ виду того вліянія, которое можетъ имѣть торжественность этой формы разсмотрѣнія дѣлъ на впечатлительную натуру молодыхъ подсудимыхъ, но при разсмотрѣніи проекта въ Государственномъ Совѣтѣ это предположеніе было оставлено.

По дѣламъ, подсуднымъ единоличнымъ судьямъ, особаго порядка разбора дѣлъ о малолѣтнихъ не установлено, но эти дѣла во всякомъ случаѣ разсматриваются при закрытыхъ дверяхъ и въ засѣданіе для дачи объясненій вызываются родители или лица, имѣющія попеченіе о малолѣтнемъ, если они проживаютъ въ округѣ суда.

Послѣдній періодъ молодости по уголовному уложенію, какъ и по уложенію о наказаніяхъ, составляетъ юность отъ 17—21 г. Этотъ возрастъ не требуетъ особаго удостовѣренія въ наличности вмѣняемости и не влечетъ никакихъ измѣненій въ общемъ ходѣ процесса, но онъ вліяетъ на смягченіе, а иногда и на замѣну того наказанія, которому подлежалъ бы виновный, будучи взрослымъ, а именно (ст. 57):

1) смертная казнь замѣняется безсрочною каторгою;

2) безсрочная каторга замѣняется каторгою на 15 лѣтъ;

3) сроки каторги, исправительнаго дома, крѣпости и тюрьмы сокращаются на $^1/_3$;

4) лишеніе и ограниченіе правъ примѣняются только въ случаѣ присужденія къ смертной казни или каторгѣ.

Такъ что безъ особаго смягченія къ нимъ примѣняется только поселеніе, арестъ и денежныя пени; равнымъ образомъ, всѣ дополнительныя взысканія, кромѣ указанныхъ въ п. 4, примѣняются такъ же, какъ и къ взрослымъ.

Особыя постановленія о малолѣтнихъ содержатся въ военно-уголовныхъ законахъ, которые различаютъ два періода возраста: малолѣтство отъ 10—17 л. и несовершеннолѣтіе до 21 года; относительно малолѣтнихъ отъ 10—

17 лѣтъ ст. 82 постановляетъ, что въ случаѣ учиненія ими преступленія съ разумѣніемъ, наказаніе имъ смягчается на томъ же основаніи, какъ это опредѣлено въ уложеніи, но съ тѣмъ, что родъ наказанія опредѣляется виновному согласно съ постановленіями воинскаго устава по соотвѣтствію наказаній. Это постановленіе, согласованное съ постановленіями уложенія 1845 г., не соотвѣтствуетъ ни закону 1897 г., ни дѣйствующему уложенію, хотя практически этотъ вопросъ представляется несущественнымъ, въ виду исключительности случаевъ этого рода, могущихъ подлежать дѣйствію военныхъ законовъ. Кромѣ того, воинскій уставъ говоритъ только о малолѣтнихъ, дѣйствовавшихъ съ разумѣніемъ; въ томъ же случаѣ, когда они будутъ признаны дѣйствовавшими безъ разумѣнія, или при отсутствіи условій вмѣняемости, примѣняются постановленія уложенія.

Относительно несовершеннолѣтнихъ до 21 года воинскій уставъ содержитъ два постановленія: во-1-хъ (ст. 80), за преступленія и проступки, не соединенные съ нарушеніемъ обязанностей воинской службы, они наказываются по правиламъ ст. 139 и 140 уложенія 1885 г., а за соединенные съ нарушеніемъ этихъ обязанностей подлежатъ положенному въ законѣ наказанію, но съ уменьшеніемъ одною или, по усмотрѣнію суда, и двумя степенями; во-2-хъ (ст. 81), они вмѣсто смертной казни, не соединенной съ лишеніемъ всѣхъ правъ, подлежатъ заточенію въ крѣпость съ сокращеніемъ (вѣроятно, противу нормальнаго по ст. 18) срока на $^1/_3$.

Нельзя не замѣтить, что эти постановленія представляются крайне сбивчивыми, такъ какъ законъ не объясняетъ даже, кого слѣдуетъ подразумѣвать подъ несовершеннолѣтними до 21 года. Если примѣнять эти постановленія только къ возрасту отъ 17—21 года, то окажется полное противорѣчіе ихъ съ правилами уложенія, а если распространять ихъ и на возрастъ отъ 14—17 лѣтъ, то ст. 80 будетъ совершенно не согласована съ ст. 82.

Особое постановленіе содержится также въ уставѣ о ссыльныхъ, ст. 466 по редакціи закона 2 Іюня 1897 г., въ силу коей находящіеся въ ссылкѣ несовершеннолѣтніе каторжные, не достигшіе 21 года, подвергаются за новыя, послѣ первоначальнаго ихъ осужденія учиненныя, преступныя дѣянія тѣмъ же наказаніямъ, какъ и совершеннолѣтніе, но съ слѣдующими изъятіями: 1) сроки каторги сокращаются для нихъ всегда на $^1/_3$; 2) вмѣсто работъ безсрочныхъ они приговариваются къ каторгѣ на 20 лѣтъ; 3) тѣлесныя наказанія къ нимъ не примѣняются[1]).

106. Каждый возрастный періодъ, какъ по общимъ, такъ и по спеціальнымъ законамъ, оканчивается съ истеченіемъ полнаго срока, указаннаго въ законѣ; срокъ долженъ считаться не отъ часа къ часу, а отъ дня до дня, и притомъ не отъ начала дня рожденія, а отъ его окончанія, т. е. отъ слѣдующей за днемъ рожденія полночи; такимъ образомъ, напр., періодъ

---

1) Ст. 466 уст. о ссыл. изд. 1890 г. различала по наказуемости малолѣтнихъ отъ 10—14 лѣтъ и несовершеннолѣтнихъ отъ 14—21 г.; новая редакція имѣетъ въ виду только вторую группу, такъ какъ дѣти отъ 10—14 лѣтъ, согласно закону 1897 г., болѣе не могутъ быть приговариваемы къ ссылкѣ на поселеніе.

отъ 10 до 14 лѣтъ оканчивается съ истеченіемъ тринадцатой годовщины дня рожденія (или, по обыкновенному счету, 14-го дня рожденія). Срокъ опредѣляется временемъ учиненія преступленія, безотносительно ко времени суда; поэтому ребенокъ, учинившій преступное дѣяніе на десятомъ году, не можетъ быть преданъ суду, хотя бы въ моментъ открытія преступнаго дѣянія ему было 12 лѣтъ; учинившій преступленіе на двадцатомъ году будетъ наказанъ съ примѣненіемъ 56 статьи, хотя бы ему въ моментъ суда исполнилось 22 года.

Возрастъ констатируется или доказывается на основаніи документовъ рожденія; такъ, по ст. 413 у. у. с., показаніе о лѣтахъ провѣряется справкою изъ метрическихъ книгъ, а за неимѣніемъ ихъ, изъ посемейныхъ списковъ или другихъ документовъ; за невозможностью же сихъ справокъ, возрастъ опредѣляется посредствомъ освидѣтельствованія чрезъ судебнаго врача. Если возрастъ не опредѣленъ съ точностью на предварительномъ слѣдствіи, то опредѣленіе его лежитъ на обязанности суда; но особаго вопроса присяжнымъ о возрастѣ подсудимаго ни въ какомъ случаѣ поставлено быть не можетъ (рѣш. 71/107, Мамбодія-Джемаль; 70/525, Морозова; 67/490, Турковскихъ) [1]).

107. ***Идіотизмъ*** [2]). Къ этой же группѣ причинъ, уничтожающихъ вмѣняемость, относится идіотизмъ или, какъ называетъ его наше уложеніе, безуміе отъ рожденія, т. е. болѣзненныя уклоненія въ развитіи мозга, прирожденныя или появившіяся въ періодъ дѣтства. Идіотизмъ прирожденный можетъ быть унаслѣдованнымъ, какъ, напр., у дѣтей эпилептиковъ, идіотовъ, запойныхъ пьяницъ, или онъ является результатомъ болѣзней зародыша, выражаясь въ раннемъ сращеніи черепныхъ швовъ, препятствующемъ развитію мозга, въ уменьшеніи поперечника черепа и т. д. Идіотизмъ пріобрѣтенный бываетъ продуктомъ болѣзней дѣтскаго возраста, въ особенности мозговыхъ, а иногда даже продуктомъ дурныхъ гигіеническихъ условій [3]). Но, конечно, для юриста всѣ эти различія прирожденнаго и пріобрѣтеннаго идіотизма не имѣютъ значенія; равнымъ образомъ, безразлично, соединялся ли идіотизмъ съ внѣшнимъ уродствомъ, какъ кретинизмъ, или нѣтъ.

Гораздо важнѣе вопросъ о степени идіотизма, такъ какъ промежутокъ между лицомъ, безусловно неспособнымъ къ умственной дѣятельности, и чело-

---

1) На возрастъ, какъ причину невмѣняемости или снисхожденія, подсудимый можетъ ссылаться во всякой стадіи процесса, при разборѣ дѣла по существу. Но вопросъ о томъ, можно ли ссылаться при кассаціонномъ производствѣ, возбуждаетъ сомнѣніе. Новая французская практика отвѣчаетъ отрицательно. Ср. рѣшенія 12 Августа 1880, 3 Марта 1881; Garraud, № 208; Laborde, № 133; также смотритъ практика нѣмецкая. Ср. Slupecki, стр. 34. Такъ что въ случаѣ осужденія несовершеннолѣтняго, какъ совершеннолѣтняго, возможно только возобновленіе дѣла. Иначе смотритъ наша практика, такъ Сенатъ, 73/5, Милодовскаго, признавъ, что несогласіе указанія возраста въ вопросахъ съ имѣющимися въ дѣлѣ документами, если отъ возраста зависѣла наказуемость, лишаетъ приговоръ законной силы.

2) А. Пирлэндъ, Идіотизмъ и тупоуміе, перев. Томашевскаго 1880; Крафтъ-Эбингъ, Психопатологія, стр. 85 и сл.

3) Идіотизмъ можетъ быть продуктомъ мозгового страданія и у взрослаго лица, но тогда онъ является однимъ изъ видовъ душевныхъ болѣзней.

вѣкомъ развитымъ, талантливымъ, наполненъ массою переходныхъ формъ. Дѣйствующее право ставитъ этою гранью общій критерій вмѣняемости.

Съ психіатрической точки зрѣнія различаютъ два вида идіотизма, которые можно бы было характеризовать, какъ состояніе безусловной и условной невмѣняемости. Къ первому виду нужно отнести полное безсмысліе, когда лицо не имѣетъ даже способности самоудовлетворять свои животныя потребности, когда въ немъ не замѣчается никакихъ душевныхъ волненій, у него отсутствуетъ способность рѣчи, свои ощущенія онъ передаетъ звуками или несвязными словами; равнымъ образомъ, сюда же можно относить и тупоуміе, когда лицо хотя и пригодно къ воспринятію конкретныхъ впечатлѣній, но лишено способности отвлекать, мышленіе отсутствуетъ, а вмѣстѣ съ тѣмъ не существуютъ и представленія о добрѣ и злѣ, о правѣ и обязанности. Животные инстинкты, въ особенности ощущеніе голода, являясь исключительнымъ мотивомъ дѣятельности, доводятъ безумнаго до безсмысленнаго изступленія и бѣшенства, побуждая къ поджогамъ, изнасилованію, убійству, совершаемому иногда самымъ звѣрскимъ образомъ. Во всѣхъ этихъ случаяхъ не можетъ быть и рѣчи о вмѣняемости.

Ко второму виду относится слабоуміе, близко граничащее съ обыкновенною глупостью, легкомысліемъ, невѣжествомъ и различающееся отъ нормальнаго состоянія количественно. Для правильнаго сужденія о слабоумномъ необходимо изслѣдовать его всесторонне, такъ какъ бываютъ случаи, что у субъектовъ этой категоріи проявляются иногда нѣкоторыя способности въ опредѣленномъ направленіи, напр., въ музыкѣ, живописи, необыкновенная память на слова, числа; иногда у такихъ субъектовъ можно даже наблюдать наличность отвлеченныхъ понятій о справедливости, правѣ, но воспринятыхъ совершенно механически, безъ способности къ практическому ихъ примѣненію. Умственный кругозоръ ихъ крайне ограниченъ вслѣдствіе скуднаго запаса понятій, въ особенности этическаго содержанія, и эта умственная незрѣлость отражается и на ихъ языкѣ, бѣдномъ формами и образами, и на ихъ характерѣ, легковѣрномъ, податливомъ, неустойчивомъ. Въ ихъ настроеніи преобладаютъ эгоистическіе инстинкты и стремленія, имъ чужды общественные интересы, увлеченія и страданія. Счастье и горе ближнихъ, замѣчаетъ Крафтъ-Эбингъ, не трогаютъ слабоумнаго, только личный матеріальный ущербъ, личное страданіе вызываютъ въ немъ бурные аффекты, переступающіе предѣлы нормы. Радостныя душевныя волненія переходятъ въ безумную распущенность, волненія угнетающія, въ особенности, чувство страха—въ растерянность, выражающуюся дикимъ ужасомъ и отчаяніемъ. Слабоумный уподобляется во многомъ ребенку, а потому въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ необходимо особо разслѣдовать наличность у него разумѣнія въ обширномъ смыслѣ по отношенію къ совершенному; при отсутствіи его, слабоумный долженъ быть освобожденъ отъ отвѣтственности, а при наличности разумѣнія слабоуміе можетъ быть только причиною смягченія отвѣтственности [1]).

---

1) Крафтъ-Эбингъ, учебникъ психіатріи 1882 г., замѣчаетъ: какъ бы ни были различны степени безумія, разграничительною чертою ихъ отъ слабоумія служитъ полная зависимость существую-

108. *Глухонѣмота.* Къ числу причинъ, устраняющихъ вмѣняемость, и законъ и теорія относятъ только одинъ видъ недостатка органовъ воспріятія—глухонѣмоту. Возможность воспріятія впечатлѣній отъ предметовъ окружающаго насъ міра составляетъ основное условіе психическаго развитія, такъ что полное лишеніе всѣхъ органовъ или способности функціонировать ими, происшедшее въ дѣтствѣ, прежде чѣмъ началась умственная жизнь, должно повлечь за собою полный идіотизмъ; но по тѣмъ же основаніямъ должны отражаться на нашей психической жизни и недостатки какихъ либо отдѣльныхъ органовъ воспріятія впечатлѣній. Хотя природа и старается восполнить эти пробѣлы развитіемъ другихъ органовъ чувствъ: у слѣпого—обоянія, осязанія, у глухого—зрѣнія и т. п., но такое восполненіе недостаточно: остается всегда извѣстная группа представленій, идей, недоступныхъ пониманію, а въ силу этого образуется рядъ дефектовъ какъ въ умственной дѣятельности, такъ и въ нравственной сферѣ, если только такіе пробѣлы не были пополнены искусственно, путемъ образованія. Однако, роль, которую играетъ лишеніе того или другаго органа въ отдѣльности въ психической жизни человѣка, какъ указываетъ намъ жизненный опытъ, далеко не одинакова, и первенствующее значеніе, въ особенности относительно жизни общественной, получаютъ органы слуха и языка [1]).

Въ самомъ дѣлѣ, если способность выражать свои ощущенія и впечатлѣнія въ звукахъ и мимикѣ обща человѣку и животнымъ, то во всякомъ случаѣ способность къ членораздѣльности звуковъ, къ образованію словъ и реченій, однимъ словомъ, способность рѣчи, составляетъ исключительное свойство человѣка, его характеристическую особенность, безъ которой была бы немыслима цивилизація, безъ которой не было бы той рѣзкой грани, отдѣляющей нынѣ человѣка отъ царства животныхъ. Такое же значеніе имѣетъ и слухъ, какъ необходимое дополненіе языка. Словомъ и звукомъ мы передаемъ другимъ результаты нашей умственной дѣятельности, мы дѣлаемъ другихъ сопричастниками нашей психической жизни, съ ея радостью и горемъ, волненіями и ощущеніями. При помощи слуха мы сами воспріемлемъ подобныя впечатлѣнія отъ окружающихъ; мало того, самое образованіе способности говорить вполнѣ обусловлено наличностью органовъ слуха, дающаго возможность опредѣлять характеръ и силу звуковъ нашего голоса, сравнивать и уподоблять ихъ звукамъ, приходящимъ извнѣ. Оттого прирожденная или пріобрѣтенная въ малолѣтствѣ глухота непремѣнно обусловливаетъ нѣмоту, а вмѣстѣ съ тѣмъ утрачивается не только способность къ передачѣ результатовъ умственной работы другимъ, но и способность къ индивидуальному

щихъ у безумнаго отрывочныхъ и скудныхъ представленій отъ чувственнаго элемента и абсолютная неспособность къ образованію изъ воспринятыхъ впечатлѣній отвлеченныхъ идей, понятій и сужденій..... Не во всѣхъ слабоумныхъ слѣдуетъ отрицать способность ко вмѣненію; сообразно съ степенью ихъ правоваго развитія и ихъ, хотя и слабаго, характера, они способны къ юридической отвѣтственности; но при этомъ не слѣдуетъ забывать, что характеръ ихъ не развитъ, нравственное чувство крайне недостаточно, сознаніе правоваго значенія дѣянія и его послѣдствій ограничено; они наклонны къ чувственнымъ эксцессамъ, особенно половымъ, причемъ эти стремленія не уравновѣшиваются нравственными противодѣйствующими мотивами....

1) Ср. Molinier, Traité, II, стр. 131 и сл. Ср. Колѣсниковъ. Глухонѣмота въ судебно-медицинскомъ отношеніи, 1897.

мышленію, такъ какъ и оно оперируетъ со словами и выраженіями, въ которыя мы облекаемъ всѣ наши понятія и сужденія.

Поэтому, глухонѣмота двояко отражается на психической жизни страдающаго ею. Во-1-хъ, она проявляется въ ограниченіи умственной дѣятельности, зависящей какъ отъ недостатка основныхъ элементовъ мышленія—понятій, такъ, въ особенности, отъ неумѣнья ихъ комбинировать: у глухонѣмаго понятія нравственнаго и правоваго порядка почти совершенно отсутствуютъ; во-2-хъ, такое же вліяніе производитъ этотъ недостатокъ въ сердечной жизни глухонѣмыхъ, въ ихъ настроеніи. Лишеніе возможности слышать отзывы сочувствія, любви, сожалѣнія; отсутствіе способности выражать свои горе и радость, свои симпатіи и антипатіи, естественно заставляютъ глухонѣмаго черствѣть, дѣлаютъ его замкнутымъ въ личные интересы, сухимъ, бездушнымъ эгоистомъ. А все это, взятое вмѣстѣ, дѣлаетъ глухонѣмаго неспособнымъ ко вмѣняемости.

Поэтому многіе изъ новыхъ кодексовъ—бельгійскій, германскій, венгерскій, итальянскій, при исчисленіи причинъ, устраняющихъ вмѣняемость, особо говорятъ о глухонѣмотѣ [1]). Такое постановленіе, по примѣру западныхъ кодексовъ, было внесено въ 1845 г. и въ наше уложеніе [2]), но уже уставъ мировой не упоминалъ о глухонѣмотѣ, а затѣмъ такое упоминаніе не сдѣлано и въ дѣйствующемъ уложеніи, такъ что глухонѣмота подходитъ подъ общее понятіе психическаго недоразвитія, какъ скоро глухонѣмой не обладалъ общими условіями вмѣняемости; при этомъ, конечно, подъ это понятіе могутъ подходить и другія пораженія органовъ воспріятія, какъ скоро они сопровождались такими же психическими дефектами.

Но, разумѣется, такое вліяніе можетъ имѣть глухонѣмота, образовавшаяся еще въ тотъ періодъ, когда умственная жизнь только что начинается,

---

1) Кодексъ бельгійскій, въ ст. 76, требуетъ, чтобы въ дѣлахъ о глухонѣмыхъ ставился особый вопросъ объ ихъ разумѣніи и, въ случаѣ признанія наличности таковаго, глухонѣмой наказывается какъ несовершеннолѣтній; при отрицаніи же разумѣнія они освобождаются отъ наказанія. Напротивъ того, французскій кодексъ не упоминаетъ о глухонѣмотѣ и французскій кассаціонный судъ призналъ глухонѣмыхъ безусловно отвѣтственными. Ср. Dalloz, Codes, § 64, № 169. Германскій кодексъ § 58 также требуетъ относительно глухонѣмыхъ постановки особаго вопроса о вмѣняемости, освобождая не обладающихъ сознаніемъ отъ отвѣтственности; тоже венгерскій § 86. Кодексъ итальянскій (ст. 56—58) не допускаетъ уголовнаго преслѣдованія относительно глухонѣмыхъ моложе 14 лѣтъ, а примѣняетъ къ нимъ лишь мѣры воспитательныя; относительно же лицъ старѣе 14 лѣтъ каждый разъ ставится вопросъ о разумѣніи; при утвердительномъ отвѣтѣ они наказываются, но съ значительнымъ уменьшеніемъ отвѣтственности, а при отрицательномъ освобождаются отъ наказанія, но въ случаѣ учиненія ими тяжкихъ проступковъ отдаются—моложе 21 года въ воспитательныя, а старѣе этого возраста въ особо устроенныя заведенія. Крафтъ-Эбингъ предлагаетъ всегда разсматривать глухонѣмыхъ какъ слабоумныхъ; Бернеръ, Брукъ, полагаютъ необходимымъ смягчать имъ наказаніе, а Кестлинъ въ System, стр. 141, даже полагалъ ихъ вовсе освобождать отъ отвѣтственности. Предложенія о смягченіи наказанія глухонѣмымъ, хотя бы дѣйствовавшимъ съ разумѣніемъ, были сдѣланы и нѣкоторыми нашими практиками при разсмотрѣніи проекта уголовнаго уложенія; но редакціонная комиссія, какъ указано въ объяснительной запискѣ, не нашла достаточныхъ для этого основаній, полагая, что глухонѣмота можетъ только вліять на выборъ мѣры наказанія по усмотрѣнію суда.

2) Уложеніе 1845 г. освобождало глухонѣмыхъ отъ отвѣтственности, какъ скоро глухонѣмота была прирожденная или пріобрѣтенная въ дѣтскомъ возрастѣ, и если глухонѣмой, чрезъ воспитаніе или общеніе съ другими людьми, не получилъ понятія о своихъ обязанностяхъ и о законѣ.

въ младенчествѣ: глухонѣмота препятствуетъ умственному развитію, но не уничтожаетъ его; поэтому и уложеніе имѣетъ въ виду глухонѣмыхъ отъ рожденія или лишившихся слуха и языка въ дѣтствѣ.

Далѣе, несомнѣнно, что возможно искусственное восполненіе этого органическаго недостатка при помощи окружающей среды, путемъ воспитанія. Жизненный опытъ указываетъ намъ, что многіе изъ глухонѣмыхъ, получившихъ образованіе, не только достигаютъ средняго уровня развитія, но, при хорошихъ способностяхъ, даже выдвигаются за эти предѣлы: письмо и мимика замѣняютъ для нихъ слово въ общеніи съ другими и дѣлаютъ ихъ участниками общественной жизни; понятно, что при этихъ условіяхъ способность къ вмѣненію существуетъ. Установленіе наличности этого развитія принадлежитъ суду и ни въ какомъ случаѣ не стоитъ въ зависимости отъ формальнаго условія—нахожденія въ спеціальномъ заведеніи для глухонѣмыхъ и только въ тѣхъ случаяхъ, когда этотъ дефектъ отразился на характерѣ лица, онъ можетъ быть принятъ во вниманіе судьею при выборѣ мѣры отвѣтственности.

Дикость. Къ этой же группѣ причинъ, устраняющихъ способность ко вмѣненію, могутъ быть отнесены, хотя и рѣдко встрѣчающіеся, случаи полной дикости, учиненіе преступнаго дѣянія лицомъ, выросшимъ въ средѣ, въ которой не существуетъ идей о правѣ и нравственности, о законѣ и его требованіяхъ. Дѣйствующее уложеніе не упоминаетъ особо объ этомъ условіи невмѣняемости, подходящемъ, разумѣется, подъ понятіе умственной незрѣлости[1]). Но отъ состоянія дикости должно быть отличаемо невѣжество, а въ особенности суевѣрное невѣжество, являющееся столь часто источникомъ кровавыхъ и звѣрскихъ преступленій; такое состояніе, конечно, не можетъ быть отнесено къ причинамъ, устраняющимъ вмѣняемость.

109. *Утрата дѣеспособности. Душевныя болѣзни.* Перехожу къ группѣ обстоятельствъ, устраняющихъ уже пріобрѣтенную вмѣняемость, первое мѣсто между которыми занимаютъ душевныя болѣзни[2]), относя сюда

---

1) Ср. также Bruck, § 67.

2) См. литературныя указанія въ моемъ курсѣ, I, пр. 312. Esquirol, Des maladies mentales, 1838; Morel, Traité de la médecine légale des aliénés 1866; Brière de Boismont, De la responsabilité légale des aliénés 1863; Tardieu, Etude médico-légale sur la folie, 2 изд. 1880; Legraud du Saulle, La folie devant les tribunaux, 1864, его же, Traité de médecine, légale, 2 изд. 1886; De Barck, Les frontières de la folie 1897; популярное изложеніе психическихъ разстройствъ у D'allemagne, La volonté, 1898; Ideler, Lehrbuch der gerichtlichen Psychologie, 1859; Ellinger, Zurechnungsfähigkeit, 1861; I. Schilling, Psychiatrische Briefe, 1863; E. Ricker, Die Seelenstörungen in ihrem Wesen und ihrer Behandlung, 1864; Delbrück, Gerichtliche Psychopathologie, 1897; Сенкей, Лекціи о душевныхъ болѣзняхъ, пер. Исаина 1870—1871; Касперъ, Практическое руководство къ судебной медицинѣ, отд. 2, душевныя болѣзни и способность къ вмѣненію обраб. С. Штейнбергомъ; Гризингеръ, Душевныя болѣзни, пер. Овсянникова, 1867 г.; Г. Маудсли, Отвѣтственность при душевныхъ болѣзняхъ, пер. Чечотта, 1875 г.; Крафтъ-Эбингъ, Учебникъ психіатріи, пер. Черемшанскаго, 1882 г., 2 изд. 1891 г.; его же, Судебная психопатологія, перев. Черемшанскаго. 1895; Казачекъ, Психіатрія и право, въ ю. в. за 1880 г.; И. Константиновскій, Русское законодательство объ умалишенныхъ, 1887; В.Сербскій, Судебная психопатологія, 2 т. 1896—1900 г.

какъ болѣзни мозга, такъ и нервныя страданія, осложненныя психическими заболѣваніями.

«Еще въ прошломъ столѣтіи, говоритъ Дюбюиссонъ, освобожденіе преступника отъ уголовной отвѣтственности по поводу его психической ненормальности было явленіемъ совершенно исключительнымъ. Для этого было необходимо, чтобы помѣшательство было тысячу разъ очевидно, чтобы оно бросалось въ глаза судьямъ. Извѣстно также, какая участь ожидала несчастныхъ, избѣгшихъ этимъ путемъ тюрьмы или эшафота: жизнь въ страшныхъ каморкахъ смирительныхъ домовъ, съ оковами на рукахъ и ногахъ, скверная пища, однимъ словомъ, содержаніе дикихъ животныхъ. Можно было спросить, что выигрывали умалишенные, признанные невмѣняемыми»? [1])

Но мало по малу, и прежде всего во Франціи, стала расширяться область невмѣняемости въ силу душевнаго разстройства; за полнымъ помѣшательствомъ послѣдовало признаніе частичнаго помѣшательства, мономаніи, болѣзненныхъ пораженій воли, нервныхъ страданій, осложненныхъ пораженіемъ психическихъ отправленій, извращенія наклонностей, нравственнаго вырожденія, психопатіи, такъ что теперь картина совершенно измѣнилась и признаніе невмѣняемости преступниковъ въ силу ихъ психическаго разстройства становится явленіемъ весьма частымъ: преступность, какъ мы видѣли, въ глазахъ многихъ является разновидностью сумасшествія [2]).

Общая характеристика душевныхъ заболѣваній, какъ въ тѣсномъ смыслѣ, такъ и являющихся дополненіемъ или послѣдствіемъ нервныхъ страданій, истеріи (Крафтъ-Эбингъ, Психопатологія, стр. 120), состоитъ въ томъ, что у больныхъ поводами къ поступкамъ дѣлаются обнаружившіяся вслѣдствіе заболѣванія мозга, т. е. обусловленныя органически, возникающія само-

---

1) Dubuisson, De l'évolution des opinions en matière de responsabilité; несмотря на то, что авторъ психіатръ и статья напечатана въ Archives de l'anthropologie criminelle (1887 г., № 8, стр. 101 и сл.), онъ весьма предостерегаетъ отъ новѣйшихъ увлеченій психіатріи. Много интересныхъ данныхъ по вопросу о вліяніи душевныхъ болѣзней на вмѣняемость можно найти въ изслѣдованіи Д. Дриля, Малолѣтніе преступники, 1884 г., въ изслѣдованіи, по направленію, впрочемъ, совершенно противоположномъ статьѣ Дюбюиссона; Vargha, Irrsinn und Verbrechen въ его Abschaffung der Strafknechtschaft, I, № 3, стр. 363—485.

2) По поводу стремленія видѣть въ каждомъ преступникѣ психически-больнаго, я позволю повторить сказанное мною въ 1874 г., въ курсѣ I, прим. 315: теперь психіатрія сдѣлала большіе шаги впередъ, хотя ея истинно-научная основа, физіологическая психологія еще зарождается: масса наблюденій придаетъ дѣйствительную вѣскость мнѣнію знающаго и опытнаго психіатра; но за то нерѣдко встрѣчается нынѣ другое обстоятельство, грозящее сдѣлаться новымъ источникомъ судебныхъ ошибокъ,—это стремленіе многихъ психіатровъ выйти за предѣлы своей компетентности, замѣнить истинно-медицинскую точку зрѣнія отвлеченной, тенденціозной; стремленіе, по естественнымъ причинамъ вызывающее нерѣдко недовѣріе и ко всѣмъ выводамъ эксперта-психіатра. Психіатры забываютъ, что ихъ задача не состоитъ въ рѣшеніи вопроса о томъ: заслуживаетъ ли данное лицо общественной кары, а они констатируютъ только, находился ли обвиняемый въ моментъ совершенія дѣянія въ болѣзненномъ состояніи, или нѣтъ. Обсужденіе же этого вопроса должно быть сдѣлано врачемъ, по возможности, независимо отъ юридической или моральной оцѣнки дѣянія . . .; идея о томъ, что карательная дѣятельность государства, безотносительно къ ея содержанію, есть зло, и притомъ не только при будущемъ идеальномъ, но даже и при настоящемъ строѣ общественномъ, нерѣдко проглядывающая въ психіатрическихъ трудахъ, приводитъ даже къ защитѣ такого парадокса, что всякое преступленіе есть сумасшествіе. Ср. Molinier, Traité, II, стр. 136 и сл.

родно (извнутри) душевныя волненія, страстныя настроенія, такія же влеченія и стремленія, идеи бреда и обманы чувствъ, и всѣ эти поводы, какъ всякія органически обоснованныя, принудительныя вліянія, проявляются въ дѣйствіяхъ помѣшаннаго съ болѣзненною силою. Этимъ поводамъ, возникшимъ тѣмъ или другимъ внутреннимъ путемъ и влекущимъ за собою дѣйствія, сознаніе больнаго не можетъ противопоставить никакихъ нравственныхъ, эстетическихъ и правовыхъ противоположныхъ (задерживающихъ) поводовъ, потому что эти послѣдніе: а) или совершенно утрачиваются, вслѣдствіе мозговой болѣзни, одновременно съ другими высшими психическими отправленіями (при такъ называемой психической слабости), или б) не могутъ пробудиться въ сознаніи вслѣдствіе разстройства въ сочетаніи идей, обусловленнаго мозговымъ заболѣваніемъ (при меланхоліи, маніи). Кромѣ того, самосознаніе и міросознаніе, т. е. сознаніе окружающаго предметнаго міра, искажаются идеями бреда и обманомъ чувствъ: это разстройство можетъ усиливаться до того, что вся прежняя личность субъекта превращается въ новую, болѣзненную (при чувственномъ бредѣ, первичномъ сумасшествіи), такъ что дѣйствіе совершается совсѣмъ иною психическою личностью, чѣмъ прежняя личность его виновника [1]); юридически личность остается тою же самою, но психологически она измѣняется.

То-же говоритъ и другой авторитетнѣйшій представитель психіатріи, Гризингеръ (стр. 1071). Существенный процессъ сумасшествія состоитъ въ томъ, что извѣстныя состоянія мозга, извѣстныя настроенія, чувства, волненія, сужденія возникаютъ извнутри, вслѣдствіе болѣзни душевнаго органа, тогда какъ въ здоровомъ состояніи наши волненія, рѣшенія вызываются только достаточными внѣшними побужденіями; во-2-хъ, въ томъ, что самая сила и продолжительность ощущеній и представленій, даже возникшихъ нормальнымъ образомъ, поддерживаются и развиваются только извнутри. Безпричинность душевныхъ состояній, не мотивированная смѣна веселаго и мрачнаго настроенія встрѣчаются часто, но у больныхъ она дѣлается исключительно господствующимъ явленіемъ; безумныя мысли появляются у всякаго, но и уходятъ безслѣдно, и только у больныхъ, встрѣчая подготовленную почву, онѣ повторяются постоянно, пріобрѣтаютъ господство [2]).

При этомъ, разумѣется, душевное заболѣваніе представляетъ значительное различіе въ типахъ и оттѣнкахъ, представляющихъ не только различные симптомы, но иногда и совершенно разныя общія картины, но классификація и симптоматологія психическихъ болѣзней въ ихъ соотношеніяхъ съ преступностью не входятъ въ курсъ уголовнаго права, а относятся къ области судебной психіатріи или психопатологіи, гдѣ и юристъ най-

---

1) Tarde, La philosophie pénale, гл. IV, Théorie de l'irresponsabilité въ этомъ признакѣ самоотчужденія видитъ характеристическій признакъ всѣхъ душевныхъ болѣзней.

2) A. Merkel, § 24: характеристическимъ признакомъ этихъ болѣзней со стороны физіологической является сопричастное имъ заболѣваніе мозга, какъ носителя душевныхъ функцій, а со стороны психической—неправильности душевнаго состоянія, выступающія преимущественно или въ сферѣ умственной, или въ сферѣ ощущеній, или въ сферѣ воли, или совмѣстно во всѣхъ этихъ сферахъ. Исключительное заболѣваніе—мыслительной, чувствующей или волевой сферы, вслѣдствіе тѣсной связи между ними, представляется невозможнымъ.

детъ въ нужныхъ случаяхъ указаніе симптомовъ, соотвѣтствующихъ той или другой формѣ предполагаемой или установляемой болѣзни. При этомъ не надо забывать, что съ практико-юридической стороны подведеніе даннаго случая подъ ту или другую форму и видъ болѣзни[1]) не существенно, такъ какъ для отвѣтственности важно только, чтобы при помощи экспертизы было установлено, что обвиняемый находился въ моментъ совершенія дѣянія въ состояніи такого психическаго разстройства, въ силу коего учиненное не вмѣняется ему въ вину[2]).

Поэтому, не касаясь классификаціи и характеристики отдѣльныхъ видовъ психическихъ страданій, я остановлюсь только на нѣкоторыхъ относящихся сюда вопросахъ, возбуждающихъ особенный интересъ съ юридической точки зрѣнія, при опредѣленіи вмѣняемости и отвѣтственности.

По своему теченію, болѣзненное разстройство душевной дѣятельности можетъ быть не только непрерывное, прогрессирующее или непрогрессирующее, поддающееся излѣченію или неизлѣчимое, но оно можетъ быть и періодическое, прерывающееся, такъ что между отдѣльными приступами помѣшательства могутъ быть болѣе или менѣе продолжительные перерывы, такъ называемые свѣтлые промежутки (lucida intervalla)[3]). Поэтому и въ теоріи, и въ практикѣ возникаетъ вопросъ о юридическомъ значеніи преступныхъ дѣйствій, учиненныхъ въ эти промежутки. Съ логической точки зрѣнія, конечно, можно сказать, что если болѣзнь вполнѣ прекратилась хотя бы и на время, то всѣ дѣйствія, совершенныя въ этомъ здоровомъ состояніи, должны быть вмѣняемы совершившему; но подобное положеніе вызываетъ возраженія психіатровъ. Никакой врачъ, говорятъ они, а тѣмъ болѣе судья, не въ состояніи, при подобныхъ условіяхъ, констатировать полное выздоровленіе больнаго. Видимость полнаго душевнаго здоровья, говоритъ Крафтъ-Эбингъ (Психопатологія, стр. 437), еще не доказываетъ его дѣйствительности. Даже при періодическомъ помѣшательствѣ, гдѣ всего скорѣе можно говорить о свѣтлыхъ промежуткахъ между пароксизмами, внимательное, со дня на день, наблюденіе убѣждаетъ насъ, что уже послѣ нѣсколькихъ приступовъ болѣзни наступаютъ болѣе или менѣе глубокія измѣненія мозговой дѣятельности, усиленная раздражительность чувства (неустойчивость душевнаго настроенія), по временамъ безпричинная тоска.....Душевно-больнаго, находящагося въ свѣтломъ промежуткѣ, такъ же нельзя считать душевно здоровымъ, какъ не считаемъ мы тѣлесно здоровыми страдающаго перемежающейся лихорадкою—между приступами, или эпилептика, у котораго нѣтъ въ этотъ моментъ явленій падучей болѣзни. Въ точности никогда нельзя опредѣлить: не оказывали ли вліянія на совершенное въ свѣтломъ промежуткѣ преступное дѣяніе какіе нибудь психопатическіе моменты, относящіеся къ послѣднему приступу болѣзни, или какіе нибудь предвѣстники приближающагося приступа. Психіатрія указываетъ намъ, что психическая болѣзнь очень часто можетъ проходить такъ называемый скрытый періодъ помѣшательства, котораго признаки могутъ быть уловлены развѣ только при постоянномъ наблюденіи опытнаго психіатра (amentia seu insania occulta), и что очень часто эту форму можно принять за свѣтлый промежутокъ. Поэтому большинство новѣйшихъ криминалистовъ допускаетъ для этихъ періодовъ, по крайней мѣрѣ, презумпцію невмѣняемости. Кромѣ того, въ связи съ этою скрытою формою помѣша-

---

[1]) Не могу также не прибавить, что и въ самой психіатріи научная классификація и группировка психическихъ заболѣваній представляется совершенно неустановившеюся, какъ это можно видѣть изъ сопоставленія учебниковъ разныхъ авторовъ, не только отдѣльныхъ національностей, французскихъ и нѣмецкихъ, но и одной, напр., Гризингера и Крафта-Эбинга, и даже одного послѣдняго въ различныхъ періодахъ его литературныхъ работъ.

[2]) Крафтъ-Эбингъ въ психопатологіи различаетъ отъ душевныхъ болѣзней психическое недоразвитіе, нервныя болѣзни, осложненныя помѣшательства и психическія вырожденія.

[3]) Крафтъ-Эбингъ, Психопатологія, стр. 417, періодическое помѣшательство, въ его разнообразныхъ формахъ—меланхоліи, маніи, смѣшанной формы (folie circulaire, folie à double forme) и т.п

тельства современная психіатрія признаетъ существованіе хотя и крайне рѣдкаго внезапнаго, скоропроходящаго помѣшательства [1]) (mania transitoria); понятно, что и юристы должны признать подобное состояніе причиною невмѣняемости. Въ этихъ случаяхъ приступъ проявляется внезапно, развивается весьма быстро, продолжается нѣсколько часовъ и потомъ исчезаетъ или безслѣдно, или возобновляясь черезъ болѣе или менѣе продолжительные періоды времени. По большей части, подобные приступы вызываются сильными приливами крови къ головѣ и характеризуются довольно рѣзкими соматическими и психологическими признаками. Если подобный приступъ происходитъ при свидѣтеляхъ, то, по справедливому замѣчанію Крафтъ-Эбинга, онъ настолько характеристиченъ, что доказать его не трудно; но если свидѣтелей не было, то, при обсужденіи этого вопроса, нужно быть весьма осторожнымъ, такъ какъ приходится основываться только на поведеніи преступника во время учиненія преступленія, въ особенности имѣя въ виду, что одно видимое отсутствіе мотивовъ дѣятельности само по себѣ не служитъ еще достаточнымъ доказательствомъ психическаго разстройства [2]).

По своему содержанію, болѣзненное разстройство душевной дѣятельности можетъ охватывать или умственную, мыслительную сферу душевной жизни, или сферу ощущеній и чувствованій, или, наконецъ, сферу волевыхъ отправленій, причемъ пораженія или измѣненія этихъ сферъ могутъ существовать совмѣстно или пораженіе одной изъ нихъ получаетъ болѣе или менѣе исключительный, какъ бы преобладающій характеръ, давая главное содержаніе данной формѣ психической болѣзни. Каждое изъ такихъ пораженій можетъ наступать самостоятельно, первично, или же они являются послѣдовательными взаимно другъ-друга обусловливающими ступенями разрушенія психической жизни.

Всего чаще, говоря о душевныхъ болѣзняхъ, сумасшествіи, имѣютъ въ виду пораженіе интеллектуальной сферы, но и въ этомъ отношеніи исключительнымъ признакомъ бо-

---

1) Ср. Janka, Strafrecht, стр. 80; Крафтъ-Эбингъ, Ученіе объ остромъ или скоропроходящемъ помѣшательствѣ, пер. Гольденбаха, 1867 г., Психопатологія, стр. 456; Маудсли, стр. 311, говоритъ: «допуская съ полнымъ убѣжденіемъ существованіе временнаго помѣшательства послѣ какого нибудь сильнаго внѣшняго возбужденія, тамъ, гдѣ можно доказать эпилептическій или душевно-болѣзненный неврозъ или поврежденіе головы, отъ котораго въ то самое время или позднѣе пострадали умственныя способности, или, наконецъ, тамъ, гдѣ отъ прежняго приступа помѣшательства осталась наклонность къ повторенію болѣзни, я, конечно, относясь съ крайнимъ недовѣріемъ къ тѣмъ случаямъ, когда временное помѣшательство приводится въ извиненіе преступленія помимо наличности одного изъ перечисленныхъ условій. Возможно, что внезапный приступъ помѣшательства дѣйствительно овладѣлъ преступникомъ и прошелъ такъ же внезапно, но пока единственнымъ доказательствомъ этого факта остается одно только преступленіе, благоразуміе заставляетъ отвергать такія заявленія».

2) Съ такимъ же скоропреходящимъ характеромъ являются острыя состоянія предсердечной тоски (raptus melancholicus). Такіе случаи сильной предсердечной тоски встрѣчаются, хотя и рѣдко, у душевно-здоровыхъ людей. Тоскливое чувствованіе овладѣваетъ человѣкомъ внезапно, сопровождается полною утратою самосознанія и вызываетъ бурные рефлексы въ двигательной сферѣ (Крафтъ-Эбингъ, стр. 462), наконецъ, такіе же скоропроходящіе приступы психическаго разстройства нерѣдко наблюдаются у эпилептиковъ; они, замѣчаетъ Крафтъ-Эбингъ (стр. 291,) имѣютъ для суда громадное значеніе, такъ какъ трудно поддаются доказательству, а по способу своего проявленія ставятъ жизнь окружающихъ больнаго лицъ въ величайшую опасность. Проявленія этой формы такъ же разнообразны, какъ и соматическіе симптомы падучихъ припадковъ, но общимъ ихъ признакомъ является помраченіе или исчезновеніе самосознанія, такъ называемое эпилептическое отупѣніе (stupor epilepticus), соединенное иногда съ устрашающими галлюцинаціями, мимолетными идеями преслѣдованія. Крафтъ-Эбингъ полагаетъ, что большинство случаевъ скоропроходящаго помѣшательства составляютъ проявленія эпилепсіи; и въ приведенномъ у него мнѣніи Труссо высказывается мысль, что можно безошибочно утверждать, что необъяснимые, безмотивные случаи убійства составляютъ выраженіе полнаго или неполнаго эпилептическаго приступа. Точно такъ же и у истерическихъ больныхъ, какъ у эпилептиковъ, случаются кратковременныя состоянія душевнаго разстройства, продолжающіяся всего лишь нѣсколько дней или даже часовъ. Они проявляются въ видѣ галлюцинацій и бреда съ эротическимъ или религіознымъ содержаніемъ; такія помѣшательства наблюдаются большею частью въ связи съ судорожными истерическими припадками (Крафтъ-Эбингъ, стр. 325).

лѣзненнаго разстройства душевной дѣятельности отнюдь нельзя считать безсмысленный несвязный бредъ и столь же безсмысленные сумасбродные поступки. Давно уже психіатры стараются доказать, что общераспространенное отождествленіе сумасшествія съ безсмыслiемъ лишено основанія; не только большинство душевныхъ болѣзней начинается съ болѣзненнаго измѣненія характера, аномалій въ ощущеніяхъ и настроеніяхъ и зависящихъ отъ того душевныхъ волненій, но иногда эти черты преобладаютъ во весь первый періодъ болѣзни или даже являются наиболѣе явственными признаками во весь періодъ ея теченія. Мало того, при первомъ посѣщеніи больницы душевно-больныхъ мы убѣдимся, что между содержащимися находится весьма немного такихъ больныхъ, у коихъ съ очевидностью выражается полная безпорядочность идей и представленій, свойственная маніакамъ, или полное притупленіе, безчувственность ко всему окружающему, характеризующая меланхоликовъ; напротивъ, большинство больныхъ окажутся возбужденными или задумчивыми настолько же, какъ и большинство лицъ, насъ окружающихъ. Они занимаются своимъ дѣломъ, какъ и всѣ; заговорите съ ними, они отвѣтятъ вполнѣ обдуманно, логично; многіе изъ нихъ поразятъ своими познаніями, чистотою и правильностью ихъ языка, вѣрностью ихъ сужденій по огромному большинству вопросовъ. Но они—помѣшанные, и мало того, съ точки зрѣнія общественной, наиболѣе опасные; у нихъ существуетъ извѣстная сумма идей, извѣстная группа психическихъ функцій, совершенно анормальныхъ, это—однопредметно-помѣшанные или, какъ назвалъ ихъ знаменитый Эскироль, мономаны.

Существованіе этихъ неполныхъ формъ пораженія интеллекта объясняется условіями извращенія психической дѣятельности человѣка, его мышленія, его сужденій. Это извращеніе относится, какъ указываетъ психіатрія, или къ процессу мышленія, или къ его содержанію. Въ первомъ случаѣ, мы встрѣчаемъ или замедленіе мыслительной дѣятельности, соединенное съ потерею или извращеніемъ памяти: больной затрудняется въ пріисканіи словъ, повторяетъ одно и то же слово нѣсколько разъ и т. п., или же, наоборотъ, у больнаго появляется усиленная мозговая дѣятельность, гоньба идей и представленій, которыя весьма скоро утрачиваютъ связь и послѣдовательность. При извращеніи же содержанія мышленія, къ понятіямъ и представленіямъ, почерпнутымъ изъ міра объективнаго, начинаютъ примѣшиваться исключительно субъективныя, ни съ чѣмъ несообразныя представленія. Эти ложныя идеи и представленія прививаются не сразу; человѣкъ часто долгое время видитъ ихъ ненормальность, пугается ихъ, борется съ ними, и только мало по малу подчиняется ихъ господству. Иногда эти извращенныя идеи и представленія охватываютъ все міросозерцаніе человѣка, давая картину полнаго помѣшательства (Polymonia, Verrücktheit); иногда они относятся къ небольшому ограниченному кругу идей, такъ что въ другомъ отношеніи психическая дѣятельность, не только по формѣ, но и по содержанію, представляется, повидимому, нормальною—однопредметное помѣшательство. Но можетъ ли подобная мономанія уничтожить вмѣняемость? Не слѣдуетъ ли признать, что всѣ дѣйствія, не находящіяся въ прямомъ соотношеніи съ пунктомъ помѣшательства, должны быть вмѣняемы, такъ какъ больной разсуждаетъ вполнѣ здраво о всемъ томъ, что не касается его idée fixe? Утвердительный отвѣтъ защищается и нынѣ многими криминалистами [1]). Но было бы ошибочно, какъ замѣчаетъ Гризингеръ, вѣрить въ существованіе такого типа сумасшествія, при которомъ бы больной имѣлъ только одну сумасбродную идею, и былъ бы совершенно здоровъ въ другихъ отношеніяхъ: и при частномъ помѣшательствѣ вся психологическая индивидуальность потрясена. Нѣтъ никакой возможности, замѣчаетъ другой нѣмецкій психіатръ, Иделеръ, отдѣлить больную часть души отъ здоровой, одну подвергнуть судебному преслѣдованію, а другую—освободить отъ всякаго наказанія.

Такое разстройство мыслительной сферы является весьма часто высшею ступенью уже развившихся психическихъ страданій и болѣзненнаго пораженія сферы чувствованій, настроеній, нервныхъ страданій или же самостоятельною первичною формою. Такова, напр., форма чувственнаго бреда или галлюцинаторнаго помѣшательства (Крафтъ-Эбингъ,

---

1) Такъ, изъ французскихъ криминалистовъ защищаютъ отвѣтственность однопредметно-помѣшанныхъ за всѣ дѣянія, выходящія за предѣлы ихъ idée fixe—Bertauld, стр. 318; Trébutien, стр. 395; въ Германіи Geib, стр. 79. Köstlin, System, стр. 153, предлагаетъ въ этихъ случаяхъ назначать дисциплинарную отвѣтственность.

стр. 158), главными симптомами котораго служатъ мимолетныя измѣнчивыя идеи бреда и обманы чувствъ. Начинается болѣзнь почти внезапно и быстро достигаетъ высоты своего развитія, сознаніе больнаго глубоко омрачается подъ вліяніемъ громаднаго накопленія галлюцинацій или, по крайней мѣрѣ, иллюзій органовъ чувствъ. Больной становится почти неспособнымъ оріентироваться во времени и пространствѣ, безсвязно бредитъ, содержаніе его сознанія занято калейдоскопическою смѣною идей преслѣдованія, величія, самоуничиженія, ипохондрическимъ, эротическимъ и религіознымъ бредомъ. Дѣйствія подобныхъ больныхъ въ высшей степени неожиданны и внезапны; они не узнаютъ окружающихъ, принимаютъ ихъ за убійцъ, бѣсовъ, звѣрей, угрожающіе или повелительные голоса, слышимые больными, легко ведутъ къ насильственнымъ дѣйствіямъ противъ другихъ лицъ. Сюда же далѣе принадлежитъ сумасшествіе (paranoia, Крафтъ-Эбингъ, стр. 163—210) и при этой самой типичной формѣ сумасшествія, какъ пораженія мыслительной сферы, идеи бреда развиваются первично, а не изъ предшествующаго имъ и существенно содѣйствующаго ихъ образованію измѣненія въ чувствованіяхъ и въ настроеніи духа. Идеи бреда отличаются у параноиковъ крайнею устойчивостью, постоянствомъ и обнаруживаютъ наклонность къ систематизаціи, къ логическому сочетанію и прочному усвоенію ихъ сознаніемъ, такъ что влекутъ за собою измѣненіе отношеній больнаго къ внѣшнему міру, преобразованіе прежней психической личности въ новую болѣзненную личность. Самыя идеи бреда не всегда носятъ на себѣ отпечатокъ очевидной нелѣпости; напротивъ того, онѣ иногда могутъ казаться основанными на дѣйствительности. Кромѣ того, эти больные умѣютъ, при случаѣ, искусно скрывать свой бредъ, сохраняютъ внѣшнее самообладаніе и способность къ логическимъ заключеніямъ и сужденіямъ. Въ первичномъ сумасшествіи, смотря по содержанію идей бреда, различаютъ нѣсколько видовъ—бредъ преслѣдованія съ его разновидностями—бредомъ ревности, сутяжничества; политическое сумасшествіе, или бредъ преобразованій, религіозное и любовное сумасшествіе (Крафтъ-Эбингъ, стр. 165).

Въ эту же группу психическихъ страданій входитъ пріобрѣтенное слабоуміе въ отличіе отъ прирожденнаго или идіотизма, наступающаго послѣ бывшихъ психозовъ, послѣ мѣстнаго физическаго заболѣванія мозга, поврежденія черепа и т. п., старческаго слабоумія и въ особенности прогрессивнаго паралича (dementia paralitica).

Далѣе, душевное разстройство можетъ распространяться на сферу ощущеній, чувствованій, на перемѣну настроеній, на болѣзненное измѣненіе способности правильно оцѣнивать сознанное и сообразно сознанному руководить собою и своими дѣйствіями, причемъ такое измѣненіе или является первымъ проявленіемъ наступающаго психическаго разстройства, или даже составляетъ характеристическій признакъ всей душевной болѣзни. Воспріятіе впечатлѣній, логическая конструкція идей и представленій, вся умственная работа совершается, повидимому, по тѣмъ же законамъ, какъ и у людей здоровыхъ; но измѣняется процессъ оперированія этими представленіями, какъ мотивами дѣятельности. Сюда относится прежде всего меланхолія или мрачное помѣшательство (Крафтъ-Эбингъ, стр. 122 и сл.). Болѣзненное душевное нерасположеніе проявляется въ видѣ душевной боли, упадка духа, мрачной раздражительности, подавленности. Внѣшній міръ является больному мрачнымъ и противнымъ, все окружающее представляется совершенно измѣнившимся, безцвѣтнымъ, лишеннымъ радостей, любви и надеждъ. Больной утрачиваетъ всякую привязанность къ самымъ близкимъ ему лицамъ, не находитъ никакого удовольствія въ своихъ любимыхъ занятіяхъ, никакой радости и облегченія въ религіи. Онъ чувствуетъ себя равнодушнымъ ко всему, отупѣлымъ, потерявшимъ свое прежнее человѣческое достоинство, начинаетъ сомнѣваться, имѣетъ ли онъ право на Божіе милосердіе, на самое существованіе свое въ мірѣ. Въ двигательной сторонѣ психическихъ процессовъ обнаруживается ослабленіе, задержка; онъ лишается всякой энергіи, становится вялымъ, запускаетъ свои текущія дѣла, относится съ равнодушіемъ къ своимъ обязанностямъ. Общій упадокъ жизненной энергіи и самочувствія находитъ свое выраженіе въ осунувшемся, понуромъ видѣ такихъ больныхъ, въ ихъ тихой, едва слышной рѣчи, въ крайней ограниченности и медленности всѣхъ движеній и въ вялости и слабости всей мускулатуры у нихъ; эта несвобода двигательной сферы и упадокъ волевой энергіи могутъ порою доходить до полной пріостановки двигательныхъ актовъ. При этомъ нерѣдко въ начальномъ своемъ періодѣ болѣзнь не сопровождается бредомъ (melancholia sine delirio), но даже и въ этомъ

періодѣ это психическое заболѣваніе можетъ быть источникомъ преступленій подъ вліяніемъ такъ называемой предсердечной тоски или тоскливыхъ ожиданій, соединенныхъ съ тягостными ощущеніями давленія, нытья и стѣсненія въ подложечной ямкѣ (anxietas praecordialis) или подъ вліяніемъ болѣзненныхъ чувствованій и навязчивыхъ идей, хотя больной и сознаетъ болѣзненное ихъ содержаніе, таковы, напр., случаи самоубійства, косвеннаго самоубійства, т. е. учиненія преступленія, влекущаго смертную казнь и т. п. Другую форму этой группы душевныхъ заболѣваній составляетъ манія (Крафтъ-Эбингъ, стр. 143 и сл.), когда измѣненія въ сферѣ чувства и въ душевномъ настроеніи доходятъ до сознанія въ видѣ чувствованія удовольствія, повышеннаго психическаго благосостоянія. Весь міръ получаетъ въ глазахъ маніака особую привлекательность и интересъ, почему больной ищетъ новыхъ впечатлѣній, охотно отправляется въ общество, въ путешествія. Вмѣстѣ съ экзальтаціей, безпричиннымъ возбужденіемъ, проявляется быстрая смѣна психическихъ процессовъ—какъ относительно воспроизведенія представленій и ихъ координаціи, такъ и относительно преобразованія ихъ въ двигательные импульсы (exaltatio maniaca). Больной становится смѣлымъ и предпріимчивымъ, неугомоннымъ въ своей дѣятельности. Такіе больные не могутъ усидѣть на мѣстѣ, безпрестанно перемѣняютъ занятія, много пишутъ, надоѣдаютъ посѣщеніями своимъ знакомымъ, вѣчно торопятся, вѣчно веселы, любятъ принаряжаться и расположены къ излишествамъ разнаго рода; при этомъ у больныхъ этого рода часто не замѣчается очевидныхъ идей бреда, они доказываютъ даже своею дѣятельностью значительную способность къ умственнымъ отправленіямъ и умѣютъ оправдывать свои неумѣстные и слишкомъ поспѣшные поступки (folie raisonnante), но въ то же время больные крайне раздражительны, придирчивы, надоѣдливы, иногда на каждомъ шагу нарушаютъ самыя обыкновенныя правила здраваго смысла, нравственности, обычая и приличій. Въ высшей степени своего развитія маніакальное возбужденіе переходитъ въ такъ называемое неистовство (mania dicta), когда безумная веселость смѣняется гнѣвнымъ возбужденіемъ, пѣніе, свистъ—криками и воемъ, плачемъ и бѣшенымъ изступленіемъ, дѣйствія не мотивируются внѣшними впечатлѣніями или какою либо потребностью организма, а происходятъ автоматически и мимовольно, стремленіе къ движенію переходитъ въ стремленіе къ разрушенію.

Этою областью ненормальныхъ психическихъ состояній не исчерпываются всѣ типы душевныхъ страданій; новѣйшая психіатрія пытается еще болѣе расширить кругъ невмѣняемыхъ дѣяній, причисляя сюда и такія состоянія, гдѣ остается нормальнымъ сформированіе идей и представленій, сфера мыслительная, гдѣ также нормальною является и сфера ощущеній, чувствованій и, слѣдовательно, оцѣнка сознаннаго, какъ возможнаго мотива дѣятельности, но гдѣ парализована или болѣзненно измѣнена способность дѣйствовать по закону достаточной причины, вмѣсто коей является неодолимое, неотвратимое стремленіе или наклонность къ преступленію въ различныхъ формахъ такъ называемаго психическаго вырожденія [1]). Это именно та почва, на которой и понынѣ ведется жаркій бой не только между юристами и врачами, но даже и между психіатрами, причемъ, какъ и всегда, стороны доходятъ до крайностей, зачисляя, съ одной стороны, въ группу психическихъ болѣзней всякое проявленіе преступности, указаніе на неприспособленность лица къ условіямъ общественной жизни, на психическую неуравновѣшенность, считая самое преступленіе симптомомъ болѣзни; а съ другой, отрицая существованіе какихъ бы то ни было болѣзненныхъ случаевъ проявленія самыхъ извращенныхъ наклонностей, извращеннаго настроенія воли.

Трудность опредѣленія практическаго значенія этого типа психической ненормальности значительно усиливается еще отъ того, что между психіатрами, его защищающими, не существуетъ единства воззрѣній какъ относительно объема, такъ и относительно характеристическихъ его признаковъ. Между ними въ этомъ отношеніи можно подмѣтить два теченія: одни видятъ въ такомъ состояніи особую патологическую форму психической жизни, психическую болѣзнь, другіе же разсматриваютъ такое состояніе, какъ проявленіе предрасположенной къ тому организаціи, какъ продуктъ вырожденія.

---

1) У Крафтъ-Эбинга, Психопатологія, стр. 258, литература вопроса. Ср. подробное описаніе различныхъ видовъ вырожденія у J. Dallemagne, Les dégénérés et déséquilibrés, 1895.

*

Представителемъ перваго оттѣнка является еще недавно весьма распространенное ученіе о неотразимыхъ влеченіяхъ къ учиненію опредѣленной категоріи преступленій, какъ пироманія или наклонность къ поджогамъ, клептоманія—наклонность къ воровству, фономанія—наклонность къ убійству и т. д. Но всѣ эти типы нынѣ въ психіатріи или подведены подъ формы дѣйствительнаго психическаго разстройства, или отброшены, какъ фантомы, имѣвшіе, по замѣчанію Иделера, одну цѣль—облегчить малосвѣдущимъ экспертамъ разрѣшеніе трудныхъ вопросовъ психіатріи [1]).

Болѣе устойчивымъ оказалось ученіе о такъ называемыхъ импульсивномъ и нравственномъ помѣшательствахъ [2]).

Подъ импульсивнымъ помѣшательствомъ, говоритъ Маудсли (стр. 194), нужно понимать такую ненормальность психической жизни, когда мыслительныя функціи совершаются правильно, когда не поколеблена, по крайней мѣрѣ, замѣтнымъ образомъ, сфера ощущеній и чувствъ, но у человѣка являются неожиданныя, противорѣчивыя его пониманію, его склонностямъ и чувствамъ стремленія, порывы, направляющіе его къ преступной дѣятельности, въ особенности къ насильственнымъ дѣйствіямъ противу себя или другихъ лицъ; больной сознаетъ всю нелѣпость этихъ побужденій; они направляются противъ лицъ, къ которымъ онъ не только не имѣетъ никакихъ враждебныхъ чувствъ, а напротивъ, съ которыми связанъ чувствами глубокой дружбы, истинной любви, напр., противъ жены, дѣтей; больной усиленно борется съ этими стремленіями, принимаетъ предупредительныя мѣры, напр., въ моментъ такого гнетущаго побужденія, удаляясь въ дома для умалишенныхъ; иногда ему удается побороть эти порывы, предупредить ихъ послѣдствія, а иногда они воплощаются въ самоубійство или въ кровавыя, тяжкія, необъяснимыя злодѣянія. Подобно тому, какъ разстроенное состояніе нервныхъ центровъ ведетъ къ нарушенію координаціи движеній и производитъ спазматическую или конвульсивную мышечную дѣятельность, такъ и разстроенное состояніе психическихъ центровъ ведетъ къ нарушенію здоровой координаціи идей и производитъ спазматическую или конвульсивную психическую дѣятельность. Въ одномъ случаѣ, человѣкъ не имѣетъ возможности производить правильныхъ движеній; въ другомъ—онъ не въ силахъ правильно думать; въ обоихъ случаяхъ движеніе и мысль зло играютъ имъ, хотя и при полномъ сознаніи съ его стороны, а учиненное имъ иногда тяжкое злодѣяніе является мимовольнымъ, импульсивнымъ [3]).

Иначе характеризуется нравственное помѣшательство, поражающее сущность психической личности—характеръ и высшія этическія чувствованія [4]). Существуетъ, говоритъ Маудсли (стр. 220), форма душевнаго разстройства, при которой, безъ мнимыхъ и ложныхъ ощущеній или нелѣпыхъ идей, симптомы психическаго страданія—болѣзни по мнѣнію однихъ, вырожденія по мнѣнію другихъ, проявляются главнымъ образомъ въ извращеніи нравственныхъ понятій, въ извращеніи привязанностей, наклонностей, настроенія, привычекъ и поступковъ. Нравственно помѣшанный утрачиваетъ способность къ истинному нравствен-

---

1) У насъ вопросъ о пироманіи былъ спеціально возбужденъ министерствомъ юстиціи въ 1864 г., и медицинскій совѣтъ отвергъ существованіе этой формы душевнаго разстройства; ж. м. ю. 1865 г. № 11 стр. 544. Ср. литературныя указанія въ моемъ курсѣ, I, стр. 155, прим. 319.

2) При этомъ нѣкоторые изъ новѣйшихъ психіатровъ эти виды относятъ къ группѣ психическихъ вырожденій. Такъ смотритъ Крафтъ-Эбингъ, Психопатологія, стр. 379, который прибавляетъ, что ни то, ни другое изъ этихъ названій не выражаетъ понятія о строго опредѣленной формѣ помѣшательства.

3) Крафтъ-Эбингъ, стр. 402, говоритъ, что характеристическимъ признакомъ импульсивнаго помѣшательства является ненормальная возбудимость психомоторнаго аппарата, вслѣдствіе чего представленіе въ его зачаточномъ состояніи оказывается уже достаточнымъ для непосредственнаго, помимо воли и сознанія, превращенія въ дѣйствіе. Къ этой формѣ Крафтъ-Эбингъ относитъ случаи такъ называемыхъ мономаній.

4) Ср. Зольбригъ, Преступленіе и сумасшествіе, перев. Шульца, 1868 г.; Wahlberg, Moral Insanity, въ его Gesam. Schriften II, № 9; Розенбахъ, Ученіе о нравственномъ помѣшательствѣ, 1893 г.; А. Боткинъ, Нравственное помѣшательство въ судебно-медиц. отношеніи, 1893 г.

ному чувству; всѣ его побужденія, которымъ онъ отдается безъ борьбы, чисто эгоистическаго свойства. Въ основѣ всѣхъ его поступковъ лежатъ безнравственные мотивы, которымъ онъ слѣдуетъ безъ всякаго видимаго желанія сопротивляться. Нравственная нечувствительность его поразительна. «Чуждые всему, говоритъ Крафтъ-Эбингъ, благородному и прекрасному, невоспріимчивые ни къ какимъ добрымъ движеніямъ чувства, эти несчастные выродки уже съ самаго ранняго возраста удивляютъ окружающихъ лицъ недостаткомъ дѣтской любви и родственныхъ привязанностей, отсутствіемъ всякаго влеченія къ товариществу и дружбѣ, холодностью сердца, равнодушіемъ къ счастью и горю самыхъ близкихъ имъ лицъ, полнымъ безучастіемъ ко всякимъ вопросамъ общественной жизни. Сознанія наказуемости дѣяній у такихъ людей нельзя отрицать, но оно ограничивается простымъ знаніемъ извѣстныхъ предписаній закона, безъ всякаго пониманія нравственной сущности этихъ предписаній, способность же сужденія сводится у нихъ на оцѣнку эгоистическихъ мотивовъ полезности или вредности задуманнаго дѣянія; право и законъ представляются для нихъ простыми полицейскими предписаніями. Для нихъ невозможны исправленіе и ограниченіе чувственныхъ эгоистическихъ побужденій нравственными воззрѣніями и притомъ именно вслѣдствіе ненормальной организаціи мозга (или заболѣванія его), между тѣмъ, какъ съ другой стороны, благодаря именно такому состоянію мозга, чувственныя побужденія болѣзненно наростаютъ, усиливаются и извращаются (вырождаются)». При этомъ, по указанію Маудсли, умъ остается совершенно нормальнымъ, за исключеніемъ того оттѣнка болѣзненныхъ чувствъ, подъ вліяніемъ котораго человѣкъ думаетъ и дѣйствуетъ [1]). Нельзя не удивляться изобрѣтательности этихъ людей, когда они начинаютъ объяснять, извинять и оправдывать свои поступки. Преувеличивая одно, отрицая другое, они придаютъ всему такую форму, что сами уже являются жертвами непониманія или недоброжелательности. Иногда случается даже, что ихъ умственныя способности становятся какъ то острѣе прежняго. Логика ихъ доводовъ поразительна, можетъ быть, впрочемъ, потому, что всѣ умственныя способности направлены исключительно къ удовлетворенію и оправданію ихъ эгоистическихъ желаній. Къ этому нельзя не прибавить, что у такихъ лицъ симптомы нравственнаго помѣшательства иногда нѣсколько предшествуютъ симптомамъ дѣйствительнаго умственнаго разстройства, какъ, напр., въ случаяхъ острой маніи, общаго паралича или старческаго слабоумія.

На этотъ типъ психическаго разстройства указывалъ еще Причардъ; его существованіе защищали—Despine, Brierre de Boismont, Falret, Solbrig, Thomson и др.; за послѣднее время, впрочемъ, среди психіатровъ слышатся голоса, возражающіе противъ самостоятельнаго значенія этой формы психическихъ заболѣваній или дефектовъ [2]).

Наконецъ, наряду съ нравственнымъ помѣшательствомъ ставятъ еще болѣе широкое понятіе нравственнаго вырожденія, передаваемаго отъ поколѣнія къ поколѣнію, упадка нравственныхъ силъ, создающаго выродковъ, неуравновѣшенные организмы, психически оскудѣвшихъ (Дриль). Ученіе это, впервые высказанное психіатрами, съ Морелемъ во главѣ,

---

1) Крафтъ-Эбингъ, стр. 382, видитъ въ этой нравственной слабости не душевную болѣзнь, а особую форму нравственнаго вырожденія, обусловленнаго низшею мозговою организаціею, анатомо-физіологическими дефектами, наслѣдственностью. Соотвѣтственно сему, онъ находилъ у больныхъ этой группы не только нравственный, но и умственный изъянъ, иногда даже ясно выраженное слабоуміе, хотя и онъ не отрицаетъ въ нихъ хитрость и находчивость.

2) Можетъ ли, спрашиваетъ Беръ, Der Verbrecher, стр. 284, недостатокъ нравственныхъ ощущеній, нравственнаго чувства, разсматриваться какъ особый типъ душевнаго разстройства? Существуетъ ли нравственный идіотизмъ, т. е. психическая болѣзнь, проявляющаяся только въ извращенности этической сферы, въ совершеніи дурныхъ поступковъ, безъ совмѣстнаго заболѣванія другихъ сферъ душевной жизни? Болѣе близкое наблюденіе лицъ этой группы, надлежащая оцѣнка данныхъ, которыми располагаетъ наука, опытное изученіе преступниковъ и душевно больныхъ, все это самымъ рѣшительнымъ образомъ противорѣчитъ установленію этого типа душевныхъ заболѣваній. Число наиболѣе вліятельныхъ спеціалистовъ, возстающихъ противъ этого ученія, въ новѣйшее время возрастаетъ въ громадной прогрессіи и высказывается пожеланіе, чтобы самое названіе «moral insanity», способное порождать недоумѣнія и приводить къ ложнымъ выводамъ, было изгнано изъ области психіатріи. Ср. также H. Meyer, Lehrbuch, стр. 155; Merkel, Lehrbuch, стр. 58.

въ настоящее время особенно поддерживается представителями уголовной антропологіи [1]). Что же такое эти выродки человѣчества? Вотъ описаніе, данное Falret [2]), этого типа: «это личности странныя, самодурныя, съ невозможнымъ характеромъ, не подчиняющіяся никакимъ обыкновеннымъ правиламъ. Это эксцентрики, оригиналы, люди внѣобщественные, не могущіе подчиняться никакимъ общественнымъ законамъ. Ихъ разумъ не помраченъ, какъ при душевной болѣзни, но ихъ характеръ, ихъ нравственность полны аномалій, хотя часто нужны цѣлые годы, чтобы этотъ видъ психическаго разстройства обнаружился и сдѣлался очевиднымъ для всѣхъ; съ дѣтства они бичъ семьи; они стараются быть выгнанными, хотя бы путемъ учиненія разнаго рода проступковъ, изъ пансіоновъ, семинарій, институтовъ, исправительныхъ заведеній, куда ихъ отдаютъ; они обнаруживаютъ рановременно порочные инстинкты, благодаря чему на нихъ начинаютъ смотрѣть, какъ на существа циническія, жестокія, опасныя; они послѣдовательно пробуютъ разныя занятія, не привязываясь ни къ одному; они не могутъ ни на чемъ сосредоточиться; они безпрестанно перемѣняютъ мѣсто жительства, среду, отношенія, занятія, средства существованія; ничто не можетъ удержать ихъ на правильной дорогѣ: ни наказанія родителей, ни совѣты друзей, ни несчастія разнаго рода, которыя создаются ихъ поведеніемъ. Личный опытъ, тяжкія житейскія испытанія, которыя обыкновенно содѣйствуютъ исправленію натуръ наиболѣе испорченныхъ, если они только способны къ исправленію, не имѣютъ никакого значенія для этихъ исключительныхъ натуръ, злополучно-рожденныхъ, предназначенныхъ для зла самимъ рожденіемъ, которыхъ ничто не можетъ измѣнить, ни другіе люди, ни само лицо. Особенно рѣзко выраженную форму психическаго вырожденія представляютъ тѣ состоянія, при которыхъ индивидуумъ, несмотря на доставшіяся ему въ удѣлъ блага цивилизаціи и воспитанія, остается все-таки лишеннымъ самой высокой человѣческой способности, а именно—способности пріобрѣсти этическія представленія о добрѣ, о прекрасномъ, о религіи и т. п., образовывать изъ нихъ нравственныя сужденія и понятія и употреблять ихъ въ дѣло, какъ побуждающіе или поддерживающіе мотивы поступковъ; мозгъ, которому чужда эта способность, оказывается уже отъ рожденія низшимъ по своему развитію, дефектнымъ, функціонально дегенеративнымъ. Такое вырожденіе является или какъ состояніе врожденности—какъ нравственный идіотизмъ, или можетъ быть пріобрѣтеннымъ въ теченіе жизни и является тогда органическимъ послѣдствіемъ воздѣйствія на мозгъ. Такъ какъ, однакоже, теченіе представленій съ внѣшней (формальной) ихъ стороны и образованіе интеллектуальныхъ (чисто отвлеченныхъ) сужденій о пользѣ и вредѣ совершаются у подобныхъ субъектовъ почти вполнѣ правильно, то и процессы логическаго сужденія и умозаключенія остаются для нихъ возможными. Это обстоятельство маскируетъ полную органическую невозможность образованія здѣсь нравственныхъ убѣжденій и этическихъ чувствованій и иногда ведетъ къ тому, что такіе выродки, при обсужденіи ихъ поступковъ, ставятся на одну доску съ людьми безнравственными въ обыкновенномъ смыслѣ слова, а иногда даже съ преступниками» [3]).

Такую же характеристику даютъ другому типу такихъ выродившихся натуръ—психопатамъ. Психопаты, говоритъ проф. Балинскій [4]), это такіе индивидуумы, которыхъ всѣ

---

1) Morel, Traité dégénérescences de l'espèce humaine, 1857 г., Sergi, Les dégénérescences humaines 1888 г.; Д. Дриль, Психофизическіе типы въ ихъ соотношеніи съ преступностью и ея разновидностями, 1890 г.; J. Dallemagne, Dégénérés et déséquilibrés, 1895 г.

2) Это описаніе приведено въ статьѣ Дюбюиссона, стр. 122.

3) Крафтъ-Эбингъ, стр. 358 и сл., сближаетъ психическое вырожденіе съ душевнымъ недоразвитіемъ, но разницу онъ видитъ въ томъ, что при состояніяхъ вырожденія болѣзнетворная причина не полагаетъ окончательнаго предѣла дальнѣйшему развитію въ раннемъ возрастѣ человѣка, а напротивъ позволяетъ ему развиваться дальше, но только въ болѣзненномъ, извращенномъ направленіи. Формы такого вырожденія, по его мнѣнію, стр. 379, такъ разнообразны, что едва-ли и мыслимо установить опредѣленные клиническіе типы этого помѣшательства; ключемъ къ пониманію ихъ служитъ только подробный анализъ каждаго отдѣльнаго случая.

4) Экспертиза по дѣлу Семеновой въ Вѣстникѣ клинической и судебной психіатріи, 1885 г., № 1, стр. 368 и сл.

умственныя способности представляются въ нормальномъ равновѣсіи; у нихъ сохраняется память и логика, но теряется интересъ ко всѣмъ высшимъ задачамъ жизни, притупляется то чувство, которое у насъ тѣсно связано съ понятіемъ объ общественномъ приличіи и благѣ, о долгѣ человѣчеству, и является грубое эгоистическое направленіе: для нихъ нѣтъ ни семьи, ни друзей, они избѣгаютъ труда, лгутъ, фантазируютъ, дѣйствуютъ нерѣдко смѣло, импульсивно и становятся опасными. Люди, у которыхъ, подъ вліяніемъ мозговаго процесса и различныхъ злоупотребленій, цѣлый рядъ живыхъ нѣкогда понятій становится мертвой буквой, удерживается въ сознаніи лишь памятью; люди, которые относятся къ этимъ понятіямъ безразлично, такъ что послѣднія не могутъ составить противовѣсъ ихъ сильнымъ эгоистическимъ стремленіямъ. — больны . . . Больные эти крайне опасны для общества и не могутъ быть терпимы въ его средѣ, они втягиваютъ въ преступленіе людей мало развитыхъ и слабыхъ характеромъ, и становятся опаснымъ орудіемъ въ рукахъ опытныхъ преступниковъ. Въ обыкновенныхъ домахъ умалишенныхъ содержать ихъ трудно; они вредны для другихъ больныхъ и переносятъ съ трудомъ продолжительное заключеніе. Имъ нужна извѣстная доля свободы, всего лучше помѣщать ихъ подъ наблюденіемъ опытнаго врача, въ болѣе свободныхъ заведеніяхъ, устроить правильныя гигіеническія условія ихъ жизни, подобрать соотвѣтствующія для нихъ занятія; тогда больные эти до извѣстной степени поправляются и долгое время могутъ казаться людьми вполнѣ здоровыми; но разъ они выйдутъ изъ единственно возможной для нихъ колеи, то жизненная несостоятельность ихъ проявится съ полною очевидностью.

Но, не касаясь вопроса о томъ, какія мѣры должны быть принимаемы противъ нравственно помѣшанныхъ психопатовъ или нравственныхъ выродковъ, нельзя не сознаться, что приведенная выше обрисовка этихъ типовъ, по неопредѣленности признаковъ, захватываетъ цѣлую серію наиболѣе опасныхъ преступниковъ, людей съ порочными антисоціальными наклонностями и нравами, преступниковъ рецидивистовъ; поэтому понятно, что, въ интересахъ общественнаго порядка и спокойствія, къ ученію о причисленіи преступниковъ этого типа къ невмѣняемымъ и слѣдовательно уголовно безотвѣтственнымъ нужно относиться съ возможною осторожностью и осмотрительностью. Въ этомъ отношеніи нельзя не обратить вниманія на то, что говоритъ одинъ изъ главныхъ защитниковъ ученія о нравственномъ помѣшательствѣ, Маудсли (стр. 223): «порочное дѣйствіе или преступленіе само по себѣ еще не доказываетъ помѣшательства; для того, чтобы признать нравственное помѣшательство, необходимо прослѣдить его черезъ цѣлый рядъ болѣзненныхъ симптомовъ, совершенно такъ же, какъ мы опредѣляемъ поступки здороваго человѣка на основаніи его побужденій.... Если бы меня спросили, продолжаетъ онъ (стр. 232), должны ли люди, страдающіе нравственнымъ помѣшательствомъ, быть во всѣхъ случаяхъ изъяты отъ всякой отвѣтственности за свои поступки,—я бы не рѣшился отвѣчать утвердительно безъ оговорокъ. Они, конечно, неспособны къ нравственной отвѣтственности въ полномъ смыслѣ этого слова; все сознаніе отвѣтственности проистекаетъ у нихъ только изъ чувства страха. Но опытъ показываетъ, что этотъ страхъ дѣйствуетъ на многихъ благотворно и что даже самое наказаніе оказываетъ иногда полезное вліяніе и представляетъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ самое полезное лекарство. Подобно тому, какъ человѣкъ съ болѣзнью сердца можетъ спокойно работать, хотя не можетъ бѣгать въ перегонку, точно такъ же человѣкъ, не совершенно здоровый умственно, способенъ сознавать нѣкоторыя простыя обязанности жизни, хотя не въ состояніи выносить серьезныхъ нравственныхъ усилій. Во многихъ случаяхъ, конечно, не можетъ быть и рѣчи о какомъ бы то ни было наказаніи, а во всѣхъ случаяхъ вообще было бы, кажется, справедливо признать видоизмѣненную отвѣтственность, степень которой тамъ, гдѣ она существуетъ, должна опредѣляться обстоятельствами каждаго случая».

Справедливо замѣчаетъ А. Меркель, стр. 61, что отъ душевныхъ болѣзней должны быть отличаемы проявленія злого характера, ненормальности характера, какъ, напр., одностороннее развитіе порочныхъ склонностей и свойствъ; отсутствіе состраданія, притупленность чувствъ не устраняютъ связи совершеннаго съ духовною личностью учинившаго и не устраняютъ вмѣненія. При этомъ безразлично, были ли эти свойства характера унаслѣдованы, прирожденны или нѣтъ, соединялись или не соединялись они съ какими либо физическими аномаліями или уродствами, такъ какъ и эти признаки не устраняютъ раз-

личія между людьми, обладающими минимальными нравственными средствами и ничтожными силами противостоянія побужденіямъ къ преступленію, и тѣми, которые утратили способность распоряжаться средствами противодѣйствія такому влеченію, благодаря душевнымъ болѣзнямъ. Въ силу этого, прибавляетъ Меркель, и прирожденные преступники или, вѣрнѣе, преступныя натуры, не должны быть смѣшиваемы съ умалишенными преступниками [1]).

Въ нашемъ правѣ первыя постановленія о безотвѣтственности душевно-больныхъ встрѣчаются въ новоуказныхъ статьяхъ 1669 г.: аще бѣсный убіетъ, не повиненъ есть смерти [2]); затѣмъ воинскій артикулъ упоминаетъ только объ учиненіи воровства въ лишеніи ума (арт. 195), объ учиненіи самоубійства въ безпамятствѣ, болѣзни и меланхоліи (арт. 164) и объ оставленіи караула по болѣзни (ст. 41). Но всѣ эти постановленія были недостаточны. Въ 1776 г. Сенатъ по дѣлу капитана Ефимовича, зарѣзавшаго въ безуміи свою жену (п. с. з. № 14539), полагалъ, что такъ какъ на сіи случаи точныхъ законовъ нѣтъ, то за дѣйствія таковыя отдать его въ монастырь, а затѣмъ, если въ прежнее состояніе придетъ, и тогда какому за такое преступленіе подлежать будетъ церковному покаянію и на сколько времени, предоставить разрѣшенію св. синода; но императрица не утвердила приговоръ и передала дѣло въ совѣстный судъ, согласно ст. 399 учр. о губ. 1775 г. [3]). Затѣмъ въ 1801 г.

---

1) Крафтъ-Эбингъ, стр. 385, относящій нравственное помѣшательство къ причинамъ, устраняющимъ вмѣняемость, требуетъ осторожнаго отношенія къ этому типу, такъ какъ ихъ необходимо отличать отъ преступника привычнаго, который рѣшается на противозаконныя дѣйствія вслѣдствіе неправильнаго и недостаточнаго воспитанія, произвольнаго стремленія къ пороку, такъ что если экспертиза не откроетъ у такихъ обвиняемыхъ никакихъ клиническихъ признаковъ психическаго вырожденія, то преступники должны быть отсылаемы въ тюремныя учрежденія, устроенныя на прогрессивной системѣ, для лѣченія и исправленія ихъ, гдѣ они и должны оставаться до исчезновенія ихъ общеопасности, а если будутъ установлены признаки вырожденія, то они должны быть заключаемы на всю жизнь въ заведенія для помѣшанныхъ. Далѣе (стр. 388), по поводу этой послѣдней группы онъ прибавляетъ, что вопросъ объ отвѣтственности такихъ выродковъ долженъ считаться открытымъ. Подобные вырожденные вовсе неспособны къ мирному и разумному существованію въ гражданскомъ обществѣ, на что они не имѣютъ и никакого права, будучи въ высшей степени общеопасными людьми, каковыми они остаются всю свою жизнь, такъ какъ врачебное искусство безсильно устранить ихъ глубокое душевное разстройство. Но удаляя ихъ изъ общества, лишая ихъ свободы, не слѣдуетъ клеймить ихъ именемъ преступниковъ, потому что они только несчастные, заслуживающіе глубокаго состраданія, а не кары. Относительно же психическихъ выродковъ вообще Крафтъ-Эбингъ, стр. 372, говоритъ, что тамъ, гдѣ замѣчаются только элементарныя аномаліи душевныхъ отправленій и общая неустойчивость психическихъ процессовъ безъ настоящаго помѣшательства, всего справедливѣе будетъ признавать смягчающія вину обстоятельства. Даже Prins, Science, № 402, говоритъ: мы полагаемъ, что при современномъ состояніи нашихъ знаній—нравственно-помѣшанный долженъ быть признанъ виновнымъ и долженъ подлежать наказанію. При извращеніи нравственнаго чувства осужденіе и наказаніе представляются нравственною необходимостью, какъ по отношенію къ преступнику, такъ какъ нравственной распущенности было бы справедливо противопоставить нравственное принужденіе, такъ и по отношенію къ третьимъ лицамъ, такъ какъ при борьбѣ за право нужно имѣть въ виду не только злодѣевъ, но и другихъ; эти другіе—существа слабыя, нерѣшительныя, колеблющіяся, которыхъ ничего не стоитъ возбудить или поддержать ихъ намѣренія; которыя въ случаѣ искушенія, побуждающаго подражать преступнику въ разсчетѣ на удовольствіе или выгоды преступленія, могутъ быть удержаны угрозою наказанія.

2) Но уже въ выпискахъ изъ соборнаго дѣянія 1667 г. 17 Іюня (п. с. з. № 412) было сказано: «а кто юродивый отъ рожденія есть, за малоуміе его ниже хвалити, ниже хулити достоитъ, только помиловать подобаетъ, человѣколюбія ради, зане есмы всѣ едина тварь Божія и плоть всяцей нуждѣ подлежащая».

3) На практикѣ наказанія завѣдомо умалишенныхъ встрѣчались весьма нерѣдко. Мулловъ приводитъ даже дѣло 1790 года, въ коемъ былъ пытанъ и наказанъ виновникъ драки, который былъ нѣмъ, глухъ и дураковатъ. Самозванецъ Ивашко Клеопинъ, завѣдомо умоповрежденный, былъ казненъ. Однако, Горегляд, Начертаніе, 1815 г. стр. 127, прямо выводитъ изъ отдѣльныхъ узаконеній, что по нашему праву лишенный ума не подлежитъ наказанію.

(п. с. з. № 19846) губернатору Лопухину по поводу отдачи имъ подъ судъ умоповрежденнаго крестьянина за убійство дяди, было объяснено, что таковыхъ слѣдуетъ отсылать во врачебную управу для освидѣтельствованія, а оттуда въ домъ умалишенныхъ, а суду предавать нѣтъ основанія, ибо на таковыхъ нѣтъ ни суда, ни расправы, и чтобы сообразно съ этимъ и впредь такъ поступать. Эти узаконенія вмѣстѣ съ проектомъ 1813 г. легли въ основаніе свода законовъ 1842 г. и перешли въ уложеніе 1845 г., которое постановляло, что преступленіе или проступокъ, учиненные сумасшедшимъ, не вмѣняются въ вину, когда нѣтъ сомнѣнія, что сумасшедшій по состоянію его въ то время не могъ имѣть понятія о противозаконности и о самомъ свойствѣ своего дѣянія, причемъ слово сумасшествіе не имѣло техническаго значенія и могло быть прилагаемо ко всѣмъ видамъ душевныхъ страданій [1]).

Дѣйствующее уложеніе въ ст. 39 говоритъ о болѣзненномъ разстройствѣ душевной дѣятельности, какъ о причинѣ невмѣняемости, предполагая, однако, что подъ это широкое понятіе подойдутъ только такія формы душевныхъ страданій, при которыхъ уничтожается общій критерій вмѣняемости.

Душевная болѣзнь, конечно, исключаетъ отвѣтственность только въ томъ случаѣ, когда она существовала въ моментъ учиненія дѣянія; поэтому наличность такого ненормальнаго состоянія въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ должна быть доказана, и притомъ въ порядкѣ, особо установленномъ законами процессуальными. Сенатъ по этому поводу высказалъ (по дѣлу Чернядева $^{73}/_{430}$), что одно предположеніе или сомнѣніе относительно существованія такой болѣзни не можетъ служить поводомъ къ признанію невмѣняемости, а въ рѣшеніи по дѣлу Кичеева ($^{72}/_{574}$), что, согласно съ закономъ, при каждомъ новомъ преступленіи, совершенномъ лицомъ, хотя и признаннымъ однажды сумасшедшимъ, вопросъ о невмѣняемости долженъ быть возбуждаемъ вновь, независимо отъ прежняго освидѣтельствованія сумасшедшаго, которое сохраняетъ полную силу только по отношенію къ его гражданской правоспособности; поэтому судебное преслѣдованіе, по мнѣнію Сената, можетъ быть возбуждено и относительно лица, не только признаннаго офиціально сумасшедшимъ, но и находившагося въ моментъ совершенія дѣянія въ домѣ для умалишенныхъ, хотя нельзя не прибавить, что мнѣніе это, опиравшееся на букву ст. 95 и 96 улож. 1845 г., не находитъ болѣе опоры въ дѣйствующемъ законѣ.

Конечно, и душевная болѣзнь, появившаяся послѣ учиненія преступленія, не остается безъ вліянія на участь преступника, но это вліяніе относится къ процессуальному, а не къ матеріальному праву. Такъ, душевная болѣзнь обвиняемаго или подсудимаго останавливаетъ безусловно производство, въ какой бы моментъ процесса она ни обнаружилась: поэтому наступленіе таковой послѣ объявленія приговора, но до вступленія его въ силу, прерываетъ теченіе апелляціонныхъ и кассаціонныхъ сроковъ обжалованія. Исполненіе приговора о лишеніи свободы по 1 п. 959 ст. отлагается для лица, находящагося на свободѣ, до выздоровленія подсудимаго, но денежная пеня подлежитъ, конечно, исполненію.

---

1) Совершенно несостоятельно опредѣленіе сумасшествія въ законахъ гражданскихъ т. X, ст. 366: сумасшедшими почитаются тѣ, коихъ безуміе происходитъ отъ случайныхъ причинъ, и составляя болѣзнь, доводящую иногда до бѣшенства, можетъ наносить обоюдный вредъ обществу и имъ самимъ, и потому требуетъ особаго надзора.

110. *Болѣзненныя состоянія организма.* Слѣдующую группу причинъ, устраняющихъ вмѣняемость, составляютъ разнообразныя болѣзни организма, не имѣющія характера душевныхъ болѣзней въ тѣсномъ смыслѣ, но имѣющія несомнѣнное вліяніе на психическую дѣятельность. Состоянія эти крайне разнообразны, хотя нельзя не прибавить, что ихъ перечень и классификація не имѣютъ существеннаго значенія для юриста, такъ какъ для него и въ этомъ случаѣ, такъ же, какъ и при душевныхъ болѣзняхъ, важенъ только выводъ, получаемый при содѣйствіи эксперта, о томъ, повліяло ли это состояніе на психическую дѣятельность: устраняютъ вмѣняемость не эти болѣзни сами по себѣ, а вызванное ими болѣзненное разстройство душевной дѣятельности [1]).

Къ случаямъ этого рода, наиболѣе часто встрѣчающимся въ жизни, могутъ быть относимы:

1. *Эпоха половаго созрѣванія*, въ особенности эпоха появленія первыхъ менструацій у дѣвушекъ, когда, вмѣстѣ съ болѣзненными соматическими явленіями, замѣчаются значительныя измѣненія въ ощущеніяхъ, настроеніи, мышленіи, въ свою очередь вызывающія преступную дѣятельность. Такъ, нерѣдко наблюдается въ этомъ періодѣ наклонность къ поджогамъ [2]).

2. *Беременность, роды и послѣродовыя состоянія* [3]). Психіатры свидѣтельствуютъ, что хотя и не особенно часто, но несомнѣнно бываютъ случаи, когда, подъ вліяніемъ беременности, происходятъ психическія измѣненія, имѣющія характеръ психическихъ болѣзней, и иногда даже самыхъ тяжкихъ ихъ формъ. Къ психическимъ ненормальностямъ можно причислить и такъ называемыя похоти беременныхъ, хотя не надо забывать, что весьма нерѣдко въ подобныхъ случаяхъ беременностью прикрывается выполненіе задуманнаго преступленія, продуктъ дурныхъ наклонностей, эгоистическіе разсчеты, подражаніе модѣ и т. п., когда, слѣдовательно, о невмѣненіи не можетъ быть и рѣчи. Еще важнѣе по вліянію на психическое состояніе актъ родовъ и наступающее затѣмъ болѣзненное послѣродовое состояніе. Въ особенности играетъ это состояніе большую роль при нѣкоторыхъ преступныхъ дѣяніяхъ, напр., при дѣтоубійствѣ или при неоказаніи помощи новорожденному. Съ одной стороны, роды могутъ вызвать полное ослабленіе физическихъ и психическихъ силъ, въ особенности при родахъ трудныхъ, продолжительныхъ; такой упадокъ проявляется въ парализаціи способности ощущать и двигаться: память перестаетъ работать, появляются обмороки, неодолимое стремленіе ко сну, летаргія, глубокая спячка, временное отупѣніе и, какъ послѣдствіе этого,—непринятіе мѣръ для сохраненія жизни новорожденнаго. Состояніе нервной экзальтаціи въ моментъ родовыхъ схватокъ достигаетъ своего апогея въ моментъ родовъ и доводитъ нерѣдко роженицу до

---

1) Нельзя забывать, что такія историческія лица, какъ Юлій Цезарь, Наполеонъ, Петръ Великій были эпилептики, что галлюцинаціями страдали многіе поэты, ученые.

2) Крафтъ-Эбингъ, Психопатологія, стр. 431, указываетъ, что иногда эпоха менструаціи оказываетъ вліяніе на психическую жизнь и у женщинъ взрослыхъ, вызывая раздражительность, временное измѣненіе характера, даже приступы остраго помѣшательства.

3) Ср. литературныя указанія у Крафтъ-Эбинга, стр. 503; Ждановъ, Психозы послѣродоваго періода, 1896.

состоянія крайняго раздраженія, направленнаго всего сильнѣе противъ источника страданій—рождающагося ребенка. По преимуществу, такое возбужденіе возможно въ тѣхъ случаяхъ, когда роды происходятъ въ первый разъ, идутъ быстро, совершаются тайно и безъ посторонней помощи.

Обыкновенно ненормальное состояніе, безпамятство или умоизступленіе оканчиваются съ послѣднимъ актомъ родовъ или послѣ короткаго промежутка времени, но иногда оно переходитъ въ длящееся послѣродовое психическое разстройство, въ особенности, когда оно обусловливается спеціальными болѣзнями родильницъ, каковы, напр., родильная и молочная лихорадки.

3. *Лихорадочный бредъ.* Лихорадочныя болѣзненныя состоянія, въ особенности у людей нервныхъ, весьма часто сопровождаются галлюцинаціями, фантастическимъ бредомъ, иногда полнымъ умоизступленіемъ. Такія состоянія являются или въ періодъ высшаго развитія болѣзни, подъ вліяніемъ наступившаго повышенія температуры и отравленія крови болѣзнетворнымъ началомъ, или же въ періодъ выздоровленія, подъ вліяніемъ недостаточнаго питанія мозга, утомленія и притупленія мозговой дѣятельности. Особеннаго вниманія заслуживаетъ перемежающаяся лихорадка, при которой иногда лихорадочный пароксизмъ прямо замѣняется бредомъ съ многочисленными галлюцинаціями и жестокою тоскою. Аналогичныя явленія могутъ быть наблюдаемы и при заболѣваніи заразными болѣзнями—скарлатиною, оспою, рожею и т. п.

4. *Нервныя забольванія.* Нервныя болѣзни, столь часто переходящія въ душевную болѣзнь, имѣютъ особенно важное значеніе среди причинъ невмѣняемости; главную же роль между ними играютъ эпилепсія, истерія и неврастенія. *Эпилепсія* [1]), какъ говоритъ Крафтъ-Эбингъ (стр. 280) въ ея вліяніи на психическую жизнь больнаго можетъ отражаться въ четырехъ главныхъ формахъ: 1) общаго и постояннаго измѣненія личности; 2) элементарнаго психическаго и чувственнаго разстройства, предшествующаго эпилептическимъ приступамъ, имѣющаго неустойчивый мимолетный характеръ; 3) скоропреходящаго болѣе сложнаго психическаго разстройства, наступающаго вслѣдъ за судорожными приступами или, по временамъ, замѣняющаго ихъ, и 4) приступы вполнѣ развитаго помѣшательства, продолжающіеся по нѣсколько недѣль и мѣсяцевъ. Само собою разумѣется, что всѣ эти состоянія, какъ скоро они выразились въ разстройствѣ душевной дѣятельности, должны влечь за собою устраненіе вмѣняемости. При этомъ нельзя не имѣть въ виду, что эпилепсія такъ часто переходитъ въ душевную болѣзнь или сопровождается ею, что между ними трудно провести какую либо точную границу, а потому при экспертизѣ преступныхъ дѣяній, учиненныхъ эпилептиками, требуется особая внимательность. *Истерія* [2]). Подобно эпилепсіи, психическія разстройства очень часто сопровождаютъ или вызываются истерическимъ неврозомъ. Основнымъ признакомъ истерическаго характера является

---

1) Ср. П. Ковалевскій, Эпилепсія, ея леченіе и судебно-психіатрическое значеніе, изд. 2, 1892.

2) Legrand du Saulle, L'hysterie au point de vue médico-légale, 1881.

неустойчивое равновѣсіе психическихъ отправленій, въ особенности аномаліи въ сферѣ чувствъ, внезапные переходы отъ слезъ къ смѣху, капризы, непостоянство въ симпатіяхъ и антипатіяхъ. Истерія встрѣчается по преимуществу у женщинъ и вызывается главнымъ образомъ страданіями половыхъ органовъ. Сама по себѣ женщина, страдающая обыкновенными слабыми проявленіями истеріи, способна къ вмѣненію, но невмѣняемость наступаетъ, какъ скоро истерія переходитъ въ душевную болѣзнь, острую или хроническую, какъ, напр., нимфоманія, резонирующее помѣшательство и т. п. *Неврастенія* [1]). Общее нервное истощеніе, нервная слабость, столь часто встрѣчаемая нынѣ, конечно, можетъ возбуждать вопросъ о невмѣняемости только въ случаяхъ особенно тяжкихъ, когда она, благодаря злоупотребленію наркотическими веществами, или благодаря угнетенію навязчивыми идеями, переходитъ въ душевную болѣзнь, всего чаще въ меланхолію и т. п.

5. *Галлюцинаціи и иллюзіи.* При галлюцинаціяхъ субъективные чувственные образы возникаютъ помимо всякихъ соотвѣтствующихъ имъ явленій реальнаго міра, получаютъ какъ бы объективное бытіе; при иллюзіяхъ же больной дѣлаетъ ложное объясненіе дѣйствительно существующихъ явленій. По большей части эти обманы чувствъ представляются спутниками уже развившихся душевныхъ болѣзней; но иногда они возникаютъ самостоятельно, вслѣдствіе страданій органовъ воспріятія или другихъ ненормальныхъ состояній организма, напр., чрезмѣрнаго физическаго истощенія, умственной усталости; въ особенности, напр., при суевѣрныхъ галлюцинаціяхъ. Для опредѣленія ихъ юридическаго значенія необходимо обращать вниманіе: во-1-хъ, на ихъ силу, такъ какъ очевидно, что существуетъ большое различіе, напр., при галлюцинаціи зрѣнія, между появленіями несуществующихъ свѣтлыхъ точекъ, круговъ и возникновеніемъ цѣлыхъ образовъ, картинъ, сценъ; при галлюцинаціи слуха — между слуховыми обманами въ видѣ неясныхъ звуковъ, тоновъ и слышаніемъ словъ, фразъ, цѣлыхъ рѣчей и т. п.; во-2-хъ, на отношеніе сознанія къ этимъ ложнымъ представленіямъ; необходимо различать тѣ случаи, когда ихъ ненормальность сознается самимъ больнымъ, отъ тѣхъ, когда онъ утрачиваетъ критерій для ихъ оцѣнки, такъ что думаетъ, что дѣйствительно видитъ и слышитъ все это, вѣритъ этому и подчиняется вліянію ложныхъ представленій [2]).

Уложеніе о нак. 1845 г. объединяло всѣ эти случаи въ ст. 96 (по изд. 1885 г.), на основаніи которой не вмѣнялись въ вину преступленія и проступки, учиненные больными, въ точно доказанномъ припадкѣ умопомраченія или безпамятства [3]). Въ дѣйствующемъ уложеніи всѣ эти состоянія подходятъ подъ понятіе болѣзненнаго разстройства душевной дѣятельности.

---

1) Bouveret, La neurasthenie, 2 изд. 1891; Крафтъ-Эбингъ, стр. 340.

2) Не надо забывать, что между лицами, страдающими галлюцинаціями, какъ и между эпилептиками, были люди, выдающіеся по умственному развитію, какъ Микель-Анджело, Тассъ, Ришелье, Декартъ, Ньютонъ, Руссо, Гёте, Куперъ, Шелли, Байронъ и т. п. Ср. Vargha, стр. 482.

3) Для разъясненія ст. 96 существенное значеніе имѣли Высочайше утвержденныя, 18 Февраля 1835 г., правила объ освидѣтельствованіи сумасшедшихъ, такъ какъ статья 96 была основана на этихъ правилахъ, а въ нихъ приведены примѣры болѣзней, производящихъ умопомраченіе и сходныхъ съ сумасшествіемъ, а равно причины, производящія такія состоянія. Ср. рѣш. Прав. Сената 69/368, Чернилкина; 68/86, Виноградова; 72/334, Урбанской.

111. *Престарѣлость* [1]). Къ группѣ болѣзненныхъ состояній, исключающихъ вмѣняемость, можно причислить и ослабленіе умственныхъ способностей, происходящее отъ дряхлости или старости.

Общеизвѣстенъ тотъ фактъ, что за періодомъ человѣческой возмужалости и зрѣлости наступаетъ, и иногда безъ всякихъ болѣзненныхъ условій, а вслѣдствіе естественнаго хода органической жизни, эпоха упадка и паденія силъ какъ физическихъ, такъ и психическихъ. Мозгъ, вслѣдствіе разстройства кровообращенія и питанія, жироваго перерожденія сердца, подвергается регрессивному перерожденію; измѣняется мыслительная дѣятельность, главнымъ образомъ, вслѣдствіе ослабленія памяти, особенно относительно вновь воспринимаемыхъ впечатлѣній, а въ силу этого кругъ идей становится ограниченнѣе, ослабляется возможность всесторонняго обсужденія впечатлѣній и правильной ихъ оцѣнки. Еще болѣе измѣненій является въ характерѣ и наклонностяхъ. Притупленная впечатлительность, ослабленіе нервной дѣятельности, влекутъ прекращеніе участія въ горѣ и радостяхъ современной жизни, а въ силу того все заманчивѣе и радужнѣе становятся картины жизни прошлой, и чѣмъ полнѣе и разнообразнѣе было прошедшее, тѣмъ сильнѣе контрастъ и тѣмъ нетерпимѣе, брюзгливѣе, раздражительнѣе становится престарѣлый. Къ этому безсердечію, жестокости, иногда присоединяются и другія проявленія паденія нравственныхъ силъ—похотливость, алчность, а все вмѣстѣ, соединяясь съ прогрессирующимъ упадкомъ умственныхъ силъ, переходитъ въ старческое слабоуміе—insania senilis.

Но можно ли какими либо цифрами опредѣлить срокъ, съ котораго начинается такое психическое одряхлѣніе? И наука, и жизненный опытъ отказываются отъ такого опредѣленія, такъ какъ такой срокъ зависитъ не только отъ индивидуальныхъ условій организма, но и отъ среды, къ которой онъ принадлежитъ. Исторія сохранила намъ память о лицахъ, достигшихъ 80 лѣтъ и сохранившихъ полную ясность ума, отчетливую память, способныхъ руководить труднымъ дѣломъ государственнаго управленія: стоитъ вспомнить Тьера, Гладстона, Горчакова, Бисмарка; въ обыденной жизни мы встрѣчаемъ, хотя и въ видѣ исключенія, лицъ престарѣлыхъ, не утратившихъ способности сочувствовать молодому поколѣнію, жить, хотя и отчасти, одною съ нимъ жизнью. А съ другой стороны, мы встрѣчаемъ субъектовъ, у которыхъ періодъ одряхлѣнія появляется къ 40, 50 годамъ, которые, благодаря преимущественно безумно-истраченнымъ молодымъ силамъ, эксцессамъ всякаго рода, столь преждевременно оказываются и умственною и нравственною развалиною.

Очевидно, что установленіе какого либо точнаго предѣла представляется невозможнымъ, а потому и наше уложеніе не упоминаетъ особо о старческомъ одряхлѣніи, а усматриваетъ въ этомъ состояніи лишь особенную форму болѣзненнаго разстройства душевной дѣятельности.

Кромѣ того, престарѣлость, даже въ тѣхъ случаяхъ, когда она не устраняетъ вмѣняемости, можетъ вліять на наказуемость. Преступникъ, убѣ-

---

[1]) Ср. Бердъ, Способность ко вмѣненію въ старческомъ возрастѣ, въ сборн. по суд. медиц. 1871 г.; обстоятельныя указанія также у Маудсли, глава VII—старческое слабоуміе.

ленный сѣдинами, конечно, не имѣетъ уже права ссылаться въ свое оправданіе ни на избытокъ силъ, ни на заблужденіе неопытности: порывы страстей, выбивающихся по временамъ наружу даже въ самыхъ холодныхъ натурахъ, замолкаютъ тамъ, гдѣ леденящая сила времени измѣняетъ даже свойство физіологическихъ процессовъ; длинная вереница прожитыхъ годовъ не позволяетъ говорить о незнаніи жизни; поэтому основаній для снисхожденія къ престарѣлымъ нужно искать не въ преступномъ дѣяніи, а въ характерѣ большинства нашихъ карательныхъ мѣръ; то, что легко перенесетъ преступникъ, обладающій всѣми физическими силами, окажется страшно суровымъ, иногда даже невыносимымъ для престарѣлаго, а потому справедливость, интересы правосудія требуютъ для нихъ уменьшенія отвѣтственности или даже замѣны нѣкоторыхъ наказаній.

Такъ, по нашему уложенію для престарѣлыхъ, достигшихъ 70 лѣтъ, смертная казнь и каторга замѣняются поселеніемъ, но съ послѣдствіями, для каторги установленными [1]). Кромѣ того, нѣкоторыя спеціальныя правила о снисхожденіи для дряхлыхъ и престарѣлыхъ указаны въ уставѣ о ссыльныхъ (ст. 149, 150, 311, 313 и др.) [2]).

Такъ какъ въ этомъ случаѣ рѣчь идетъ о замѣнѣ наказанія, то такъ же, какъ и для малолѣтнихъ, судъ долженъ сначала вычислить съ точностью наказаніе, коему подлежитъ преступникъ, а потомъ это наказаніе замѣнить въ виду возраста; но такъ какъ въ то же время основаніе замѣны заключается въ тяжести исполненія наказаній, то престарѣлость вліяетъ на такую замѣну одинаково, исполнился ли указанный въ законѣ предѣльный срокъ въ моментъ учиненія преступнаго дѣянія, или въ моментъ постановленія приговора, или даже по отношенію, напр., къ смертной казни въ моментъ исполненія приговора.

112. *Опьяненіе.* Послѣднюю группу составляютъ ненормальныя состоянія организма, исключающія вмѣняемость [3]), и между ними прежде всего опьянѣніе, имѣющее особенно важное значеніе въ нашей судебной практикѣ, почему и заслуживающее серьезнаго вниманія [4]), причемъ здѣсь необходимо

---

1) По поводу примѣненія смертной казни къ престарѣлымъ F. Hélie, Théorie, I, № 248, говоритъ: «казалось бы, можно выказать пощаду къ сѣдинамъ осужденнаго; есть нѣчто отталкивающее въ этомъ сокращеніи и безъ того отходящей жизни, въ этомъ захватѣ дней, и безъ того уже отмѣренныхъ и на половину погасшихъ. А съ другой стороны, что такое смерть, какъ наказаніе, въ эту эпоху, когда природа уже раскрыла могилу передъ обвиняемымъ?»

2) По французскому праву каторжныя работы замѣняются для лицъ старѣе 60 лѣтъ réclusion; для рецедивистовъ, перешедшихъ этотъ возрастъ, не допускается релегація. Ср. Garraud, № 207.

3) Отдѣляя ненормальныя состоянія организма отъ болѣзненныхъ, я долженъ замѣтить, что такое отдѣленіе имѣетъ только практическое значеніе, въ виду номенклатуры уложенія: со стороны теоретической это различіе несущественно, такъ какъ всякая болѣзнь есть ненормальное состояніе организма, а съ другой стороны, ненормальныя состоянія не только нерѣдко переходятъ въ болѣзнь, но съ точки зрѣнія медицинской представляются особою формою заболѣваній. Schwartzer, Bewustlosigkeitszustände, 1878; Koch, Bewustsein in Zuständen der Bewustlosigkeit, 1877.

4) Ср. подробныя литературныя указанія въ моемъ курсѣ, I, пр. 236. Сверхъ сего, можно указать на Маньяна, Алкоголизмъ, пер. Никифорова, въ сборн. соч. по суд. медиц., 1877 г.; Ковалевскій, О состояніи опьянѣнія по отношенію къ вмѣняемости, въ ж. гр. и уг. права, 1879 г., № 4,

различать болѣзненныя измѣненія душевной жизни, происходящія отъ пьянства—запой, бѣлая горячка и простое опьянѣніе.

Запой (dipsomania ebriosa), или въ извѣстное время наступающее неодолимое влеченіе къ спиртнымъ напиткамъ, является въ двухъ видахъ, какъ непрерывно продолжающійся и періодическій. При первой формѣ каждый день запойнаго является повтореніемъ предыдущаго: съ ранняго утра представляется уже полная картина опьянѣнія или тяжкаго похмѣлья, съ отсутствіемъ сна, нервнымъ и желудочнымъ разстройствомъ, и такъ продолжается нѣсколько недѣль, мѣсяцевъ, пока смерть, или, еще чаще, душевная болѣзнь или особенно сильное тѣлесное страданіе не остановитъ этого нравственнаго разложенія. Запой періодическій представляетъ приступы, отдѣленные болѣе или менѣе правильными промежутками времени. Наступленію запоя предшествуетъ иногда весьма характерный періодъ заболѣванія: глаза загораются особеннымъ блескомъ, зрачки расширяются, лицо начинаетъ рдѣть, появляется отсутствіе аппетита, безсонница, приливы крови къ головѣ, лихорадочное состояніе и т. п.; этотъ періодъ продолжается иногда нѣсколько дней. Затѣмъ, когда выпивается первый пріемъ водки, организмъ начинаетъ успокаиваться, но за то прогрессивно возрастаетъ стремленіе къ винѣ; это влеченіе такъ сильно, что внезапный перерывъ или насильственное отнятіе водки влекутъ за собою взрывы бѣшенства или полное сумасшествіе; такое состояніе продолжается также опредѣленный срокъ, смотря по индивидууму,—критическіе дни. Наконецъ, наступаетъ переломъ и начинается періодъ поправленія, отличающійся упадкомъ силъ, страшною рвотою, холоднымъ потомъ, трясеніемъ членовъ, лихорадкою, а въ психическомъ отношеніи—страхомъ, боязнью, галлюцинаціями, принимающими особыя запойныя формы—видѣнія жуковъ, мышей, чертиковъ и т. п.

Неоднократно повторяясь, періодическій запой производитъ полное и уже постоянное измѣненіе психическаго и физическаго организма. Таково состояніе запойнаго вырожденія (inhumanitas ebriosa), особенно часто встрѣчающееся въ томъ случаѣ, когда запоемъ страдаетъ лицо полуобразованное, или подвергшееся запойнымъ приступамъ съ ранней молодости; проявляется это вырожденіе въ огрубѣлости нрава, сварливости, буйствѣ, или, наоборотъ, въ унылости, слабости воли, отупленіи; еще чаще запой оканчивается полною душевною болѣзнью (vesania ebriosa) въ ея разнообразныхъ формахъ—бѣшенства, меланхоліи, бѣлой горячки (delirium tremens), съ ея характеристическими признаками—безсонницею, своеобразными галлюцинаціями, трясеніемъ членовъ и т. п. Запой несомнѣнно составляетъ болѣзненное состояніе организма, имѣетъ свои самостоятельные клиническіе признаки. Поэтому, если запой самъ по себѣ не можетъ имѣть вліянія на вмѣняемость и отвѣтственность, такъ же, какъ горячка, эпилепсія, то несомнѣнно, что такое влія-

---

стр. 28—43; его же, Пьянство, его причины и лѣченіе, 1889; Корсаковъ, объ алкогольномъ параличѣ, 1889 г.; Baer, Der Alcoholismus, seine Verbreitung und seine Wirkung, 1878 г.; Schwarze, Die Zurechnung der im Zustande hochgradiger Trunkenheit begangenen Handlungen, въ G. 1881 г., стр. 430; Molinier, Traité, стр. 165 и сл.; Vetault, Etude médico-légale sur l' alcoolisme et les conditions de la responsabilité au point de vue pénal chez les alcoolisés, 1887. Ср. также въ трудахъ международнаго с.-петербургскаго конгресса 1890 г. доклады Heinze, Canonico, Lilienthal и др.

ніе должно имѣть психическое разстройство, сопровождающее запой: нельзя вмѣнять, въ смыслѣ уголовнаго права, дѣянія, учиненнаго подъ вліяніемъ запойныхъ галлюцинацій, или запойнаго неистовства критическихъ дней.

Переходя къ опьянѣнію простому, не имѣющему характера болѣзни, мы должны прежде всего различать его по степени и силѣ [1]).

Уже незначительный пріемъ алкоголя производитъ весьма часто замѣтное вліяніе на человѣка и притомъ первоначально весьма пріятное. Кровь обращается свободнѣе, жизненные процессы совершаются быстрѣе, по организму распространяется пріятное чувство теплоты. При незатемненномъ еще сознаніи, психическая дѣятельность человѣка получаетъ большее развитіе: разгоряченная фантазія усиливаетъ и разнообразитъ творческую дѣятельность мысли, человѣкъ становится краснорѣчивѣе, понятливѣе, быстрѣе схватываетъ впечатлѣніе. Вмѣстѣ съ этимъ измѣняется и душевное настроеніе: является откровенность, увлеченіе; веселое направленіе ощущеній выражается въ наклонности къ пѣнію, танцамъ; симпатіи проявляются въ увѣреніяхъ въ дружбѣ, въ любви, антипатіи,—въ откровенномъ выраженіи неуваженія, презрѣнія.

Но мало по малу это возбужденное состояніе переходитъ предѣлы: впечатлительность получаетъ такую быстроту, что начинаетъ затемнять сознаніе; устраняется вдумчивость и способность анализировать окружающее; ощущенія, настроенія, вырвавшись изъ-подъ контроля разсудка, становятся необузданными, животные инстинкты, не сдерживаемые разумомъ, занимаютъ первое мѣсто и при малѣйшемъ возбужденіи дѣлаются исключительными источниками дѣйствій. Измѣняется и самая физіономія опьянѣвшаго, и вмѣсто человѣка одухотвореннаго, вслѣдствіе усиленной нервной дѣятельности, является картина полуживотнаго: глаза, блестѣвшіе огнемъ, начинаютъ тускнѣть, черты лица опускаются и утрачиваютъ свою осмысленность. Чѣмъ далѣе развивается опьянѣніе, тѣмъ рельефнѣе выступаютъ эти признаки; за вдумчивостью утрачивается способность понимать причинную связь явленій, память измѣняетъ. Отправленія органовъ чувствъ становятся неправильными: все кружится, наравнѣ съ дѣйствительными предметами являются субъективные образы, галлюцинаціи и иллюзіи; вкусъ утрачивается, ухо слышитъ съ трудомъ, языкъ перестаетъ повиноваться; пьяный произноситъ слова съ запинкою, отрывочная рѣчь утрачиваетъ свою вразумительность; походка перестаетъ быть твердою, человѣкъ постоянно теряетъ равновѣсіе, иногда лишается всякой способности ходить. Затѣмъ, еще шагъ и наступаетъ полная безсознательность или тяжелый сонъ, подобный апоплексическому [2]). Понятно, что этотъ ходъ развитія опьянѣнія можетъ весьма часто представлять значительныя отклоненія, въ особенности относительно быстроты, съ которою развивается это состояніе, и степени вліянія его на психическую дѣятельность. Это зависитъ: во-1-хъ, отъ организма

---

1) Ср. Molinier, Traité, II стр. 173; Nicolini, Principes philosophiques et pratiques du droit pénal, trad. Flottard, стр. 192.

2) Нѣмецкіе криминалисты различали 3 степени опьянѣнія: Rausch, Betrunkenheit, Besoffenheit. См. подробное описаніе у Бернера, Imputationslehre, стр. 123.

лица, его возраста, пола; во-2-хъ, отъ состоянія его организма, предшествовавшаго опьянѣнію, такъ, напр., иначе будетъ развиваться опьянѣніе во время аффекта, при нервныхъ болѣзняхъ; въ-3-хъ, отъ свойства напитка, такъ, напр., проявленія опьянѣнія будутъ различны при опьянѣніи отъ водки, вина или пива; въ-4-хъ, отъ мѣста и времени опьянѣнія, какъ, напр., опьянѣніе въ душной атмосферѣ, въ жаркій день.

Во всякомъ случаѣ, въ интересахъ юридическаго вмѣненія необходимо различать двѣ степени опьянѣнія—полное и неполное. Къ опьянѣнію полному нужно отнести не только наступленіе полной безсознательности и сна, но и ту стадію, когда опьянѣвшій утрачиваетъ способность распознавать зависимость и причинную связь явленій, когда, подъ вліяніемъ ненормальнаго состоянія органовъ чувствъ, сфера его представленій получаетъ субъективную окраску и разсудокъ утрачиваетъ способность управлять дѣйствіями. Такое психическое состояніе несомнѣнно устраняетъ вмѣняемость. Опьянѣніе неполное будетъ обнимать всѣ предшествовавшія, первичныя стадіи; при чемъ вмѣняемость несомнѣнно существуетъ, и возбужденное состояніе обвиняемаго можетъ только, смотря по обстоятельствамъ, вліять на выборъ мѣры отвѣтственности. Установленіе степени опьянѣнія, и притомъ именно въ моментъ учиненія преступнаго дѣянія, можетъ быть, конечно, сдѣлано на основаніи обстоятельствъ каждаго отдѣльнаго дѣла, хотя въ этомъ отношеніи можетъ иногда встрѣтиться большое затрудненіе, когда, напр., опьянѣніе прогрессируетъ и притомъ безъ новаго принятія спиртныхъ напитковъ.

Опьянѣніе простое можетъ повторяться весьма часто, человѣкъ можетъ напиваться почти каждый день, но опьянѣніе не переходитъ въ запой, т. е. не дѣлается болѣзненнымъ состояніемъ организма, хотя, съ другой стороны, психіатрія указываетъ намъ, что и простое, но частое злоупотребленіе алкоголемъ можетъ повести къ психическимъ разстройствамъ и вырожденію организма [1]), къ такъ называемому хроническому алкоголизму, типическими формами котораго являются бѣлая горячка (delirium tremens), алкогольная манія (mania gravis potatorum) и даже паралитическое слабоуміе.

При этомъ, такъ какъ опьянѣніе, съ судебно-медицинской точки зрѣнія, является только спеціальнымъ видомъ отравленія [2]), то указанныя выше положенія примѣняются и къ другимъ случаямъ отравленія, производящаго психическое разстройство, какъ, напр., къ случаямъ отравленія опіумомъ, гашишемъ, бѣленою, хлороформомъ, морфіемъ, кокаиномъ; они отличаются отъ обыкновеннаго опьянѣнія только характеромъ припадковъ, ихъ силою, степенью и послѣдствіями для организма.

---

1) Ср. подробное изложеніе клиническихъ симптомовъ хроническаго алкоголизма, какъ душевной болѣзни, у Крафта-Эбинга, стр. 234 и сл. Основной характеръ этого вида душевнаго разстройства состоитъ въ явленіяхъ психической слабости и постепенномъ упадкѣ нравственныхъ и познавательныхъ отправленій. Оно обосновывается атрофическими процессами мозга, разстройствомъ кровообращенія и соотвѣтственными измѣненіями дѣятельности сердца, его гипертрофіею и т. п.; а къ этому присоединяется нарушеніе питанія организма и преждевременное его одряхлѣніе.

2) Въ судебной медицинѣ опредѣляютъ опьянѣніе, какъ отравленіе крови алкоголемъ или продуктами его окисленія. Ср. Ковалевскій, стр. 31. Въ особенности близко къ алкоголизму подходятъ—морфинизмъ и кокаинизмъ. Ср. Крафтъ-Эбингъ, стр. 268.

Указанное выше рѣшеніе вопроса о вліяніи опьянѣнія на вмѣняемость и отвѣтственность основывается исключительно на психопатологическихъ данныхъ; но въ теоріи и въ законодательствахъ встрѣчаются попытки и иного рѣшенія этого вопроса преимущественно въ связи съ условіями возникновенія опьянѣнія [1]). Съ этой точки зрѣнія можно различать слѣдующіе виды опьянѣнія: 1) Опьянѣніе вынужденное, когда данное лицо напоили противъ его воли, влили ему въ ротъ стаканъ водки, или заставили выпить посредствомъ обмана, подсунувъ ему стаканъ водки, вмѣсто воды. 2) Опьянѣніе добровольное, но не злонамѣренное, когда лицо пришло въ состояніе опьянѣнія безъ всякой преступной мысли, въ компаніи, на праздникѣ, а затѣмъ въ пьяномъ видѣ учинило преступное дѣяніе. 3) Опьянѣніе несосмотрительное, когда лицо хотя привело себя въ состояніе опьянѣнія не ради учиненія преступнаго дѣянія, но, однако, при такихъ обстоятельствахъ, когда оно могло или даже должно было предвидѣть, что, будучи въ пьяномъ видѣ, оно совершитъ преступное дѣяніе, напр., зная свою наклонность въ пьяномъ видѣ къ буйству, напилось и произвело побоище. 4) Опьянѣніе злонамѣренное, учиненное въ видахъ преступленія, когда преступникъ прибѣгъ къ этому средству для возбужденія рѣшимости дѣйствовать, для храбрости. 5) Опьянѣніе, устроенное не только съ цѣлью совершить преступленіе, но и съ тѣмъ, чтобы впослѣдствіи сослаться на это состояніе, какъ на причину, оправдывающую преступное дѣяніе.

Но внимательное разсмотрѣніе этого дѣленія приводитъ къ убѣжденію въ его несостоятельности. Съ одной стороны, учиненіе преступнаго дѣянія лицомъ, хотя бы насильно напоеннымъ, но не утратившимъ способности распоряжаться своими дѣйствіями, напр., нанесеніе побоевъ опоившему, не можетъ подходить подъ понятіе невмѣняемаго дѣянія; съ другой, и при злонамѣренномъ опьянѣніи, достигшемъ полнаго развитія, учиненное, по общему правилу, не можетъ быть вмѣняемо, такъ какъ развѣ въ исключительныхъ случаяхъ можно утверждать, что выполненное есть дѣйствительно осуществленіе задуманнаго, что между ними существуетъ причинное соотношеніе [2]).

---

1) При опредѣленіи юридическаго значенія опьянѣнія останавливаются и на другихъ основаніяхъ, напр., на качествахъ лица обвиняемаго, различая и выдѣляя вліяніе опьянѣнія на отвѣтственность у привычныхъ пьяницъ, лицъ зазорнаго поведенія и т. п., смѣшивая два различные предмета: наказуемость самаго пьянства и патологическое вліяніе опьянѣнія, и забывая извѣстную поговорку, что пьяный и монахъ подерется. Далѣе, различали вліяніе опьянѣнія по характеру учиненнаго преступленія, признавая, что опьянѣніе не служитъ извиненіемъ, какъ скоро учиненное свидѣтельствуетъ о существованіи у даннаго лица извѣстныхъ наклонностей, взглядовъ, мнѣній, скрываемыхъ въ трезвомъ состояніи, забывая, что психіатрія не вполнѣ подтверждаетъ, что у пьянаго на языкѣ то, что у трезваго на умѣ, такъ какъ опытъ показываетъ, что иногда подъ вліяніемъ алкоголя настроеніе человѣка радикально измѣняется; кромѣ того, карательная дѣятельность имѣетъ дѣло не съ характеромъ или настроеніемъ, а съ совершенными дѣяніями, а при такой постановкѣ пришлось бы наказывать за первое.

2) Какъ замѣчаетъ Гельшнеръ, § 97, для вопроса о вмѣненіи рѣшающее значеніе имѣетъ не то состояніе, въ которомъ находился дѣятель въ моментъ образованія умысла, а равно и не кажущаяся связь между умышленнымъ и содѣяннымъ, а главнымъ образомъ то состояніе, въ которомъ явилась рѣшимость выполненія, а это состояніе при полномъ опьянѣніи представляется безусловно ненормальнымъ. Къ подобнымъ же выводамъ приходитъ: Schaper, Zurechnungsfähigkeit въ Holtzendorff's Handbuch, стр. 157; Wächter, стр. 131.

Также и при опьянѣніи неосмотрительномъ трудно всегда признавать наличность условій, необходимыхъ для отвѣтственности за неосторожность: далеко не всегда человѣкъ можетъ съ точностью опредѣлить ту степень, съ которой опьянѣніе становится для него опаснымъ, а установивъ таковую, еще рѣже можетъ удержаться на этой ступени. Если данное лицо знаетъ, что онъ во хмѣлю буенъ, что всякое опьянѣніе сопровождается у него побоищемъ, разрушеніемъ вещей и т. п., то для отвѣтственности этого недостаточно, такъ какъ необходима возможность предвидѣнія послѣдствій опьянѣнія отъ пріема опредѣленнаго количества алкоголя, при извѣстныхъ условіяхъ мѣста и времени, состоянія его организма, напр., натощакъ, съ похмѣлья и т. п. Съ другой стороны, для отвѣтственности за неосторожность необходима возможность предвидѣнія не преступной дѣятельности вообще, а опредѣленнаго преступнаго дѣянія, а этого условія не существуетъ при разбираемомъ типѣ опьянѣнія.

Большинство новыхъ европейскихъ кодексовъ не содержитъ никакихъ особыхъ постановленій объ опьянѣніи, предоставляя рѣшеніе этого вопроса практикѣ; но отвѣты на это оказываются весьма различными. Такъ, французская кассаціонная практика, находя, что понятіе опьянѣнія не подходитъ подъ понятіе démence, не признавала такое состояніе ни за fait justificatif, ни за excuse légale, допуская только, что присяжные и судъ могутъ признать это обстоятельствомъ, уменьшающимъ вину, или даже, если опьянѣніе въ данномъ случаѣ совершенно лишило обладанія умственными способностями, могутъ отрицательно разрѣшить самый вопросъ о виновности[1]). Германская практика и комментаторы примѣняютъ къ дѣяніямъ, учиненнымъ въ состояніи опьянѣнія, общія правила о вмѣняемости,—слѣдовательно, допускаютъ освобожденіе отъ отвѣтственности, какъ скоро пьяный былъ лишенъ свободы волеопредѣляемости. Напротивъ того, итальянское уложеніе спеціально говоритъ объ опьянѣніи (ст. 48). Если опьянѣніе было случайное, то къ нему примѣняются общія правила о вмѣненіи; если опьянѣніе было умышленное, то виновный подлежитъ наказанію, безотносительно къ тому, вызвало ли оно полную потерю сознанія и управленія своими поступками (ст. 46), или не полную (ст. 47), это различіе вліяетъ только на мѣру смягченія отвѣтственности; если при томъ опьянѣніе было привычное, то наказаніе лишеніемъ свободы отбывается въ особыхъ учрежденіяхъ; если, наконецъ, обвиняемый напился съ цѣлью учинить преступленіе или воспользоваться ссылкою на опьянѣніе, какъ обстоятельствомъ, устраняющимъ отвѣтственность, то наказаніе примѣняется къ нему безъ всякаго снисхожденія. Швейцарскій проектъ ст. 27 и 28 предоставляетъ суду привычныхъ пьяницъ, приговоренныхъ къ заключенію въ тюрьмѣ на срокъ не свыше 1 года, по выслушаніи эксперта, помѣстить, независимо отъ наказанія, въ заведенія для алкоголиковъ, до излѣченія и во всякомъ случаѣ на срокъ не свыше двухъ лѣтъ; туда же могутъ быть помѣщаемы признанные невмѣняемыми вслѣдствіе привычнаго пьянства. Учинившимъ преступленіе вслѣдствіе чрезмѣрнаго злоупотребленія спиртными напитками можетъ быть воспрещено посѣщеніе трактирныхъ и питейныхъ заведеній на срокъ отъ 1—5 лѣтъ.

Въ нашемъ правѣ смѣнились два взгляда на вліяніе опьянѣнія: старо-русскій, высказавшійся въ новоуказныхъ статьяхъ къ судебнику и въ уложеніи Алексѣя Михаиловича, относился къ опьянѣнію снисходительно, противополагая, напр., умышленное убійство—

---

1) Такого толкованія держится большинство французскихъ криминалистовъ—Hélie, Blanche, Ortolan, Dalloz, Garraud; другіе, какъ Boitard и Bertauld, полагаютъ, что состояніе полнаго опьянѣнія можетъ быть подводимо подъ понятіе démence. Во всякомъ случаѣ вопросъ о вліяніи опьянѣнія на вмѣняемость не зависитъ отъ отвѣтственности за самое публичное опьянѣніе, какъ скоро оно подходитъ подъ условія, предусмотрѣнныя закономъ 23 Января 1873 г.; ср. бельгійскій законъ 16 Августа 1887 г.

*

совершенному пьянымъ дѣломъ, неумышленно [1]), и позднѣйшій, болѣе строгій, нашедшій выраженіе въ законодательствѣ Петра Великаго, несмотря на господство въ жизни того времени безмѣрнаго пьянства. Воинскій уставъ въ артикулѣ 43 говорилъ: когда кто пьянъ напьется и въ пьянствѣ своемъ что злого учинитъ, тогда тотъ не токмо чтобы въ томъ извиненіе получилъ, но по винѣ (т. е. по преступленію) вящшею жестокостью наказанъ имѣетъ быть. А въ толкованіяхъ объяснялся и мотивъ этой суровости: «а особливо, ежели такое дѣло приключится, которое покаяніемъ однимъ отпущено быть не можетъ, яко смертное убійство и тому подобное; ибо въ такомъ случаѣ пьянство никого не извиняетъ, понеже онъ уже въ пьянствѣ непристойное дѣло учинилъ».

Въ уставѣ благочинія 1782 г. было сдѣлано различіе между умышленнымъ совершеніемъ преступленія въ пьянствѣ и неумышленнымъ, а проектъ 1813 г. довольствовался (§ 9) краткимъ правиломъ: никакое преступленіе пьянствомъ не извиняется.

Сводъ законовъ, слѣдуя уставу благочинія, говорилъ только о простомъ опьянѣніи и устанавлялъ различіе между учиненіемъ въ пьянствѣ преступленія ненамѣреннаго, когда опьянѣніе хотя и не служило къ оправданію подсудимаго, но вліяло на уменьшеніе наказанія, и учиненіемъ въ пьяномъ видѣ намѣреннаго преступленія, когда опьянѣніе усиливало отвѣтственность.

Уложеніе 1845 г. не упоминало о запоѣ, но такое состояніе подходило подъ ст. 96, какъ состояніе, производящее умоизступленіе или безпамятство, тѣмъ болѣе, что въ мнѣніи медицинскаго совѣта 1838 г., на которомъ основана ст. 96, прямо былъ названъ въ числѣ этихъ болѣзней—запой. Старая наша практика, впрочемъ, относилась къ случаямъ этого рода весьма сурово и признавала вмѣняемыми дѣянія, учиненныя подъ несомнѣннымъ вліяніемъ запойныхъ галлюцинацій [2]). Напротивъ того, кассаціонный департаментъ Сената (въ особенности рѣшенія по дѣлу Виноградова 68/86 и Федорова 69/877) признавалъ, что болѣзнь, приводящая въ умоизступленіе или безпамятство, происшедшая отъ пьянства, составляетъ причину невмѣняемости, но что такъ какъ эта причина заключается не въ самомъ запоѣ, а въ его послѣдствіяхъ, то въ случаѣ рѣшенія такого дѣла съ участіемъ присяжныхъ имъ долженъ быть предложенъ вопросъ не о томъ, учинено ли дѣяніе въ періодъ запоя, а о томъ, находился ли обвиняемый въ моментъ дѣянія въ болѣзненномъ состояніи, отъ запоя происшедшемъ.

Относительно простаго опьянѣнія уложеніе содержало спеціальное постановленіе въ ст. 106, причемъ законъ различалъ опьянѣніе намѣренное и ненамѣренное. Подъ опьянѣніемъ намѣреннымъ законъ понималъ тотъ случай, когда виновный привелъ себя въ состояніе опьянѣнія именно съ намѣреніемъ совершить преступленіе. Въ этомъ случаѣ всегда назначалась высшая мѣра, за это преступленіе назначенная. Законъ ничего не говорилъ при этомъ о степени опьянѣнія, и Сенатъ, въ цѣломъ рядѣ своихъ рѣшеній, призналъ, что такое опьянѣніе, само по себѣ, хотя бы и приведшее въ состояніе безпамятства, не только не можетъ быть основаніемъ невмѣняемости, но и не можетъ служить поводомъ къ смягченію наказанія. Однако, нельзя не прибавить, что текстъ ст. 106 не устранялъ права присяжныхъ или суда отвѣтить отрицательно на вопросъ о виновности, какъ скоро они находили, что виновный, въ моментъ учиненія преступнаго дѣянія, не обладалъ сознаніемъ; равнымъ образомъ, этотъ текстъ не исключалъ и примѣненія ст. 828 у. у. с., какъ скоро присяжные признавали подсудимаго заслуживающимъ снисхожденія, хотя бы основою снисхожденія было именно учиненіе преступнаго дѣянія въ пьяномъ видѣ. Самый принципъ обязательнаго увеличенія наказанія за намѣренное опьянѣніе, который прини-

---

[1]) Уложеніе, однако, не проводило этого взгляда послѣдовательно и, напр., при убійствѣ беременной женщины (гл. XXII, ст. 17) приравнивало убійство въ пьянствѣ убійству умышленному.

[2]) Примѣры въ моемъ курсѣ, I, ст. 134 прим. 266; въ особенности интересно дѣло сотника Яковлева, разбиравшееся въ 1848 г. въ 6 департаментѣ Сената. Яковлевъ страдалъ періодическимъ запоемъ и галлюцинаціями; по этому дѣлу министръ юстиціи признавалъ, что обвиняемый въ сущности страдалъ психическимъ разстройствомъ, но что подведеніе его подъ это состояніе было бы опасно въ виду народной нравственности, правосудія и общественной безопасности. Съ этимъ мнѣніемъ согласился и Государственный Совѣтъ.

мала ст. 106, вызывалъ сильныя сомнѣнія. Въ самомъ дѣлѣ, если взять двухъ преступниковъ, изъ которыхъ одинъ выполнилъ задуманное преступленіе совершенно спокойно, безъ всякихъ колебаній, а другой, для того, чтобы рѣшиться на преступленіе, долженъ былъ искусственно подогрѣть себя, то трудно сказать, который изъ нихъ представляется болѣе опаснымъ для общества.

Относительно опьянѣнія ненамѣреннаго законъ говорилъ только, что мѣра наказанія назначается по другимъ сопровождавшимъ преступленіе обстоятельствамъ; редакторы уложенія полагали даже наказывать дѣянія, въ такомъ состояніи учиненныя, какъ неосторожныя; но затѣмъ это предположеніе было отвергнуто. Законъ требовалъ опредѣленія отвѣтственности по другимъ обстоятельствамъ дѣла, очевидно, не исключая и тѣхъ обстоятельствъ, которыя созданы самымъ актомъ опьянѣнія. Если мы представимъ себѣ, что пьяный по ошибкѣ убилъ или побилъ одно лицо вмѣсто другаго, то къ нему должны быть примѣнены общія правила объ ошибкѣ въ объектѣ, хотя бы причиною такой ошибки было именно опьянѣніе; человѣкъ, не предвидѣвшій преступныхъ послѣдствій своего дѣянія, благодаря тому, что былъ въ то время пьянъ, долженъ все-таки отвѣчать за неосторожное, а не за умышленное преступленіе. Наконецъ, если подсудимый, въ моментъ учиненія дѣянія, находился въ ненормальномъ психическомъ состояніи, если его органы чувствъ функціонировали неправильно, рисуя предъ нимъ фантастическіе образы, его мышленіе утратило способность комбинировать представленія, его дѣйствія оказались вовсе неподчиненными разсудку, то можно ли его было, тѣмъ не менѣе, признавать вмѣняемымъ и отвѣтственнымъ, какъ скоро оказалось, что всѣ эти аномаліи вызваны опьянѣніемъ? Слѣдовательно, согласно 2 ч. ст. 106, судъ, опредѣляя существо, свойства и наказуемость совершившагося правонарушенія, долженъ принять въ разсчетъ всѣ обстоятельства, его сопровождавшія, а въ томъ числѣ и тѣ патологическія измѣненія организма, которыя произошли отъ опьянѣнія; но самый фактъ опьянѣнія, по мысли закона, не могъ ни усилить наказанія, ни уменьшить его.

Но въ особенной части уложеніе неоднократно отступало отъ своей системы и признавало опьянѣніе обстоятельствомъ, смягчающимъ отвѣтственность, и притомъ не только въ степени, но даже въ видѣ и родѣ наказанія. Такое начало проводилось въ постановленіяхъ о религіозныхъ преступленіяхъ, при заочныхъ оскорбленіяхъ Императора и Членовъ Царствующаго Дома, при преступленіяхъ противъ порядка управленія.

Уставъ о наказаніяхъ вовсе не упоминалъ объ опьянѣніи; но, по общему характеру устава, мировые судьи должны въ этихъ случаяхъ руководствоваться уложеніемъ; точно такъ же и въ журналѣ Государственнаго Совѣта по разсмотрѣнію устава было выражено, что опьянѣніе, само по себѣ, не должно служить основаніемъ для уничтоженія вмѣненія.

Также не упоминаетъ объ опьянѣніи воинскій уголовный уставъ, такъ что военные суды въ этомъ отношеніи должны руководствоваться уложеніемъ.

Дѣйствующее уголовное уложеніе вовсе не упоминаетъ объ опьянѣніи, предполагая примѣненіе и въ этихъ случаяхъ общихъ правилъ о вмѣняемости... По этому поводу въ объяснительной запискѣ указано: «какъ ни прискорбно наблюдать увеличивающееся пьянство въ народѣ, какъ ни опасны его послѣдствія для общества, но всѣ эти соображенія, сами по себѣ взятыя, не могутъ измѣнить существа и условій уголовной отвѣтственности. Если лицо находилось въ безсознательномъ состояніи, не могло сознавать совершаемаго и руководить собою, то оно не можетъ и отвѣчать за свой поступокъ, все равно, произошло ли это состояніе отъ горячки, тифа, захлороформированія, или было слѣдствіемъ опьянѣнія, предполагая, что опьянѣніе достигло такой высокой степени развитія уже въ моментъ совершенія проступка, а не послѣ онаго, такъ какъ, разумѣется, явившійся на мѣсто преступленія, напр., на мѣсто кражи, трезвымъ или полупьянымъ, но опьянѣвшій во время совершенія кражи, или по ея окончаніи, не можетъ уже ссылаться

въ свое оправданіе на опьянѣніе. Если виновный привелъ себя въ состояніе опьянѣнія съ преступною цѣлью, ради выполненія преступнаго дѣянія, которое затѣмъ и совершилъ, то естественно предположить, что его ссылка на опьянѣніе не основательна, что цѣльность сознанія не была нарушена въ періодѣ опьянѣнія; но если бы тѣмъ не менѣе оказалось, что онъ дѣйствительно былъ въ моментъ учиненія дѣянія въ безсознательномъ отъ опьянѣнія видѣ, то совпаденіе умысла, возникшаго въ трезвомъ состояніи, съ дѣяніемъ, выполненнымъ въ состояніи безсознательномъ, можетъ быть только случайнымъ, и вмѣненіе учиненнаго въ вину не должно имѣть мѣста». При этомъ опьянѣніе полное будетъ подводиться подъ понятіе безсознательнаго состоянія, а запой или психическія болѣзни, отъ пьянства происходящія, подъ понятіе болѣзненнаго разстройства душевной дѣятельности.

Голодъ. Подобно опьянѣнію, и голодъ, въ высшей своей степени, производитъ не только упадокъ силъ физическихъ, сопровождающійся безсиліемъ, обмороками, но отражается и на психической дѣятельности, выражаясь въ галлюцинаціяхъ, бредѣ, и иногда доводя до полнаго помѣшательства. Очевидно, что преступное дѣяніе, учиненное въ подобномъ состояніи, не можетъ быть вмѣняемо. Причемъ это вліяніе голода должно быть отличаемо отъ понятія голодной нужды, какъ причины, устраняющей преступность содѣяннаго; послѣдній случай подходитъ подъ понятіе крайней необходимости.

113. *Аффекты* [1]). Вопросъ о вліяніи и значеніи аффектовъ въ уголовномъ правѣ представляется весьма спорнымъ, какъ со стороны теоретической, такъ и практической.

Преступленіе есть продуктъ не только однихъ внѣшнихъ обстоятельствъ, но и характера, темперамента человѣка, результатъ отсутствія въ немъ привычекъ къ правомѣрной жизни; борьба съ этими внутренними элементами преступленія составляетъ одинъ изъ моментовъ наказанія. Тамъ, гдѣ ненормальность психической дѣятельности была продуктомъ болѣзненныхъ страданій организма, наказаніе замѣняется лѣченіемъ, надзоромъ, роль тюрьмы исполняетъ больница, убѣжище. Но допустима ли безнаказанность дѣяній, учиненныхъ въ аффектѣ, въ порывѣ страсти? Не придется ли тогда открыть свободный путь всякой необузданности, животнымъ инстинктамъ, возможно ли будетъ охранять государство, общественный порядокъ и спокойствіе?

Но есть и другая сторона вопроса. Эти внезапныя, порывистыя возбужденія организма сопровождаются цѣлымъ рядомъ соматическихъ и психическихъ измѣненій. Кровь приливаетъ къ сердцу: лицо блѣднѣетъ, волосы поднимаются дыбомъ; или, наоборотъ, кровь отливаетъ отъ полости сердца и переполняетъ артеріальную систему: щеки горятъ, глаза сверкаютъ и искрятся.

---

1) См. литературныя указанія въ моемъ курсѣ, I, прим. 276. Ліонъ, Аффекты и страсти, въ арх. суд. медиц. 1868 г., №№ 1—3; Слонимскій, Умоизступленіе, какъ причина невмѣняемости, въ суд. вѣст. 1873 г., №№ 1—3; Сикорскій, О душевныхъ состояніяхъ при аффектахъ, въ сборн. по суд.-медиц., 1875 г.

Подобно тому, измѣняется и психическая жизнь: дѣйствующій подъ вліяніемъ аффекта охватывается всецѣло одною идеею, желаніемъ, теряетъ всякую возможность оцѣнки побужденій, возможность борьбы и выбора, иногда даже самое воспріятіе впечатлѣній, благодаря аффекту, получаетъ фантастическій характеръ, настроеніе проявляетъ всѣ признаки бѣшенства; или же, наоборотъ, жизнь психическая притупляется, настроеніе принимаетъ характеръ унылый, въ умственной сферѣ наступаетъ безсознательность. Очевидно, что при такихъ условіяхъ вмѣняемость и отвѣтственность существовать не могутъ. Поэтому необходимо принять такое начало, что если обыкновенные, такъ сказать, физіологическіе аффекты не устраняютъ вмѣняемости, а могутъ только вліять на мѣру отвѣтственности, то аффекты, переходящіе грань обычнаго нервнаго возбужденія и получающіе характеръ патологическій[1]), устраняютъ вмѣняемость, какъ и преходящее безуміе.

Степень вліянія аффектовъ можетъ зависѣть отъ разнообразныхъ причинъ, помимо ихъ силы и энергіи. Таково различіе аффектовъ по ихъ содержанію: возбуждающіе—радость, удовольствіе; притупляющіе—горе, тоска; смѣшанные—гнѣвъ, месть, злоба, зависть, ревность, страхъ, ужасъ; по ихъ направленію: вызванные стремленіемъ доставить себѣ удовольствіе и обусловленные желаніемъ отвратить какое либо зло; по причинѣ, ихъ вызвавшей: безпричинные и вызванные, особенно вызванные дѣйствіями того, надъ кѣмъ они разразились: аффектъ страха, вызванный противозаконнымъ нападеніемъ на личность, аффектъ гнѣва у страстной, легко воспламеняющейся особы, вызванный незаслуженными оскорбленіями; по ихъ теченію—развивающіеся быстро и быстро достигающіе высшаго предѣла и аффекты, медленно охватывающіе человѣка.

Уложеніе 1845 г. ничего не говорило объ аффектахъ патологическихъ, относительно же вліянія аффекта физіологическаго на степень отвѣтственности, содержались особыя постановленія въ ст. 134 п. 5 уложенія и въ ст. 13 п. 2 уст. о наказ. Въ обоихъ этихъ случаяхъ законъ указывалъ, какъ на условіе смягченія отвѣтственности, только на одну группу аффектовъ,—на сильное раздраженіе, и притомъ, по уложенію, если этотъ аффектъ былъ вызванъ обидами, оскорбленіями или иными поступками лица, коему виновный сдѣлалъ или покусился сдѣлать зло, а по уставу о наказ., если аффектъ произошелъ не отъ вины самого подсудимаго[2]). Болѣе значенія придавала аффектамъ особенная часть уложенія въ большинствѣ личныхъ преступленій, напр., при убійствѣ, при дѣтоубійствѣ, при оставленіи безъ помощи.

По дѣйствующему уложенію патологическіе аффекты подходятъ подъ общее понятіе причинъ, устраняющихъ сознательность, а оцѣнка вліянія аффектовъ физіологическихъ предоставлена вполнѣ усмотрѣнію судьи, сообразно съ обстоятельствами отдѣльнаго случая.

---

[1]) Какъ указываетъ Крафтъ-Эбингъ, стр. 494, такіе аффекты, благодаря внезапно возникающему спазму или параличу сосудовъ, создаютъ патологическія условія кровообращенія въ мозгу. Такое состояніе легко можетъ быть основою скоропреходящаго помѣшательства.

[2]) Особое постановленіе о смягченіи отвѣтственности въ случаѣ учиненія преступнаго дѣянія подъ вліяніемъ незаслуженно вызваннаго гнѣва или раздраженія содержитъ итальянское уложеніе, стр. 51.

Сонныя состоянія. Наконецъ, къ этой же группѣ нужно отнести сонныя состоянія въ ихъ различныхъ формахъ (dormiens furioso aequiparatur [1]).

Психическая жизнь не прекращается вполнѣ во время сна, а получаетъ только особую форму, иногда ярко отражающуюся въ разныхъ фантастическихъ картинахъ—сновидѣніяхъ, возникающихъ частью подъ вліяніемъ впечатлѣній, производимыхъ предметами внѣшняго міра и во время сна на наши органы чувствъ, частью подъ вліяніемъ процессовъ, совершающихся въ организмѣ. Представленія, вызываемыя подобными впечатлѣніями, не подлежащими контролю разсудка, провѣркѣ дѣйствительностью, получаютъ большею частью несообразную окраску, являются фантастическими образами. Съ другой стороны, состояніе сна не уничтожаетъ психическихъ вліяній на мышцы движенія, а иногда сохраняетъ его въ полномъ объемѣ. Подъ вліяніемъ сильныхъ ощущеній, испытанныхъ въ теченіе дня, подъ вліяніемъ лихорадочнаго состоянія, температуры комнаты, раздраженія нервной системы и т. п., начинаются приливы крови къ головѣ, вызывающіе тяжелыя, давящія сновидѣнія, сопровождающіяся стономъ, крикомъ, вскакиваніемъ, бросаніемъ предметовъ, хожденіемъ по комнатѣ и т. д., и приводящія иногда соннаго къ страшнымъ кровавымъ злодѣяніямъ, которыя, конечно, не могутъ быть вмѣняемы учинившему ихъ. То же нужно сказать и о томъ переходномъ состояніи отъ сна къ бодрствованію, которое мы называемъ просонками [2]). «Иногда оно бываетъ внезапное; у проснувшагося, говоритъ Крафтъ-Эбингъ, какъ будто повязка спадаетъ съ глазъ и ему вдругъ дѣлается ясно, что онъ спалъ или бредилъ; но чаще сознаніе наступаетъ медленно и только мало по малу просоночныя грезы блѣднѣютъ предъ выступающими на первый планъ образами яснаго сознанія, такъ что просыпающійся только путемъ труднаго и тягостнаго процесса самоуясненія, путемъ борьбы между фантастическимъ и реальнымъ мірами представленій, доходитъ до сознанія дѣйствительности». Эта пестрая смѣсь объективнаго и субъективнаго, являясь мотивомъ дѣйствія, часто приводитъ къ нарушеніямъ закона. Вліяніе просонокъ зависитъ отъ темперамента, нервозности, возраста, физіологическаго состоянія, отъ глубины сна, отъ времени пробужденія; въ особенности часто такое состояніе въ молодомъ возрастѣ и въ первые часы сна. Самый же вопросъ о существованіи просонокъ и о вліяніи ихъ на вмѣненіе разрѣшается по обстоятельствамъ отдѣльнаго случая.

Къ этой же группѣ относятся дѣянія, совершенныя въ состояніи сомнамбулизма (лунатизмъ, сонноходство, im somno ambulare), нервной болѣзни, встрѣчающейся въ юности, въ особенности въ эпоху развитія половой зрѣлости. Состояніе ночнаго блужданія, по замѣчанію Крафтъ-Эбинга, характеризуется тѣмъ, что при полной потерѣ самосознанія, вслѣдствіе самопочинной дѣятельности мозга, воспроизводятся, какъ бы во снѣ, представленія и чувственныя картины, переходъ которыхъ въ движеніе нисколько не затрудненъ, такъ что вполнѣ возможно соотвѣтствующее цѣли и сообразное съ сон-

---

1) См. литературныя указанія въ моемъ курсѣ, I, прим. 283; Spitta, Schlaf und Traumzustände der menschlichen Seele. 2 изд. 1882 г.; Molinier, Traité, стр. 175.

2) Употребляемое иногда въ нашей литературѣ выраженіе «сонное опьянѣніе», переводъ съ нѣмецкаго—Schlaftrunkenheit, представляется мнѣ неудачнымъ.

ными представленіями движеніе. О прожитомъ въ такомъ снѣ и, конечно, о всѣхъ реальныхъ событіяхъ, совершавшихся во время такого сна, по пробужденіи, не сохраняется никакихъ воспоминаній, или же дѣйствительныя событія представляются лунатику видѣнными во снѣ. Дѣйствія, совершенныя въ припадкѣ лунатизма, очевидно, сами по себѣ не могутъ вызвать уголовной отвѣтственности.

Наконецъ, къ этой же группѣ должны быть отнесены случаи учиненія преступныхъ дѣяній въ состояніи искусственнаго гипнотическаго сна, случаи, получающіе нынѣ болѣе и болѣе практическаго значенія и съ точки зрѣнія уголовнаго права [1]).

Коренясь въ наукѣ таинственнаго (scientia occulta) среднихъ вѣковъ, гипнотизмъ имѣлъ своимъ ближайшимъ предшественникомъ теорію магнетизма [2]), получившую громкую извѣстность еще въ XVI вѣкѣ, въ лицѣ великаго чаровѣдца Теофраста Парацельзія (1529), представителя идеи звѣзднаго магнетизма, а затѣмъ въ XVIII вѣкѣ въ месмеризмѣ или ученіи о животномъ магнетизмѣ, приложенномъ широко къ лѣченію больныхъ Месмеромъ, прогремѣвшемъ въ началѣ второй половины XVIII вѣка въ Парижѣ. Эта доктрина магнетическаго усыпленія и исцѣленія больныхъ была построена на предположеніи объ истеченіи врачующей магнитной неосязаемой и незримой жидкости (fluide magnétique). Къ больному непосредственно отъ обладающаго таинственною силою магнетизера или отъ лицъ и вещей (boquet magnétique Месмера), которымъ онъ предварительно сообщалъ таковую. Но ученіе о передачѣ цѣлительной силы продержалось, особенно въ смыслѣ научной теоріи, недолго. На смѣну ей еще въ началѣ XIX вѣка явилось ученіе аббата Фаріа (de la cause du someil lucide 1819 г., родомъ португальца, но жившаго въ Парижѣ), ученіе, признававшее, что причина усыпленія и его послѣдствій заключается въ мозговыхъ функціяхъ самого усыпляемаго, почему это усыпленіе и можетъ быть названо искусственнымъ сномъ,—гипнозомъ, что гипнотизеръ только возбуждаетъ такія функціи своимъ приказаніемъ, воздѣйствіемъ. Въ 40-хъ годахъ это ученіе было воскрешено въ Англіи подъ именемъ бредизма (по имени манчестерскаго хирурга Braid 1841 г.), объяснявшаго явленія гипнотизма вліяніемъ усыпляющаго на нервную систему усыпляемаго. Теорія Бреда и послужила основаніемъ современнаго ученія о гипнотизмѣ, получившаго, благодаря работамъ Mesnet и

---

1) Ср. Lilienthal, Der Hypnotismus und das Strafrecht, въ L. Z, 1887 г. № 3, стр. 281—394; Bernheim, De la suggestion dans l'état hypnotique et dans l'état de veille, 1884 г.; Liégeois, De la suggestion hypnotique dans ses rapports avec le droit civil et droit criminel, 1884 г.; Mall, Der Hypnotismus, 1889 г.; A. Forel, Der Hypnotismus und seine strafrechtliche Bedeutung. L.Z. 1889 г. №№ 1—2; Neville, Der Hypnotismus und die menschliche Willensfreiheit G. XXXIX, стр. 596—613; Prall, Das hypnotische Verbrechen und seine Entdeckung, 1889 г.; Heberle, Hypnose und Suggestion im deutschen Strafrecht, 1893 г.; Gilles de la Tourette, L'hypnotisme et les états analogues au point de vue médico-légale, 1887 г.; 2 изд. 1891 г.; E. Bérillon, Hypnotisme et suggestion, 1891 г.; Crocq, L'hypnotisme et le crime, 1894 г. (полное и популярное изложеніе ученія); на русскомъ языкѣ—В. Случевскій, Гипнотизмъ на уголовномъ судѣ. Русс. Вѣст. 1892 г.; Фигнеръ, Гипнотизмъ въ правѣ, 1896; Чижъ, Внушеніе и преступленіе, 1896; Крокъ, Гипнотизмъ и преступленіе, 1895; ср. у Сербскаго, в. с. т. II, отдѣлъ XXV.

2) Ср. историческій очеркъ у Crocq, стр. 4 и сл.: J. Liégeois, стр. 8 и сл.; Heberle, стр. 3 и сл.

Liebault (въ 1866 г.) и цѣлаго ряда послѣдующихъ, преимущественно французскихъ ученыхъ, большое значеніе и въ медицинѣ и въ правовѣдѣніи. Еще въ 70-хъ годахъ на теорію гипнотизма смотрѣли такъ же, какъ и на ея предшественниковъ, какъ на science occulte, и юристы, въ частности криминалисты, ни въ учебникахъ, ни въ монографіяхъ о вмѣняемости о гипнозѣ даже не упоминали. Но въ восьмидесятыхъ годахъ положеніе измѣнилось. Знаменитый Шарко принялъ гипнотизмъ подъ свою защиту и его Сальпетріеръ сдѣлался разсадникомъ парижской школы (Жиль де Туретъ, Рише, Бруардель, Дельбефъ, Крокъ). Она разсматривала гипнотическій сонъ, какъ видъ невроза, развивающагося только у истерическихъ больныхъ и проявляющагося въ трехъ различныхъ стадіяхъ: каталепсіи, летаргіи и сомнамбулизма, изъ которыхъ каждый можетъ возникать или примитивно или въ послѣдовательномъ развитіи, причемъ эта школа оспаривала возможность терапевтическаго лѣченія гипнозомъ и допускала возможность вовлеченія въ преступленіе путемъ гипнотическаго внушенія лишь для нѣкоторыхъ, особенно податливыхъ, автоматически усыпляемыхъ субъектовъ.

Въ отличіе отъ парижской школы, въ 1884 г. Бернгеймъ выступилъ въ защиту воззрѣній Liebault, основателя школы въ Нанси, которая, не признавая въ гипнотическихъ явленіяхъ невроза, допускала проявленіе гипнотическаго сна и у людей здоровыхъ, считая его исключительнымъ продуктомъ внушенія и широко пользуясь имъ въ интересахъ лѣченія. Самые виды гипнотическаго сна, установленные Шарко, эта школа признавала возникающими не самостоятельно, въ силу условій гипнотизируемаго, а исключительно по волѣ внушающаго, почему и придавала имъ небольшое значеніе. Эти оба воззрѣнія послужили отправной точкой нынѣшней огромной литературѣ вопроса [1]), а затѣмъ, благодаря трудамъ Льежуа (Liégeois, 1884 г.) во Франціи, Лиліенталя (1887 г. въ L. Z.) въ Германіи, Фореля (1889 г. L. Z.) въ Швейцаріи, получили и право гражданства въ области уголовнаго права [2]).

Прежде всего, представляется несомнѣннымъ возможность искусственнаго усыпленія; при этомъ съ точки зрѣнія юридической безразлично, существуетъ ли такая возможность только для лицъ, болѣзненно къ тому предрасположенныхъ,—неврастениковъ, истеричныхъ, эпилептичныхъ и т. п., какъ учитъ парижская школа, или же, какъ доказываетъ школа Нанси, возможно усыпленіе и лицъ здоровыхъ [3]), такъ какъ для юристовъ важна не возможность усыпленія, а дѣйствительно наступившее усыпленіе и его послѣдствія. Равнымъ образомъ, для юристовъ по той же причинѣ въ сущ-

---

1) Heberle, стр. 11, приводитъ указаніе Dessoir, что съ 1853—1890 гг. литература гипнотизма насчитываетъ до 800 сочиненій, изъ нихъ въ 1887 г. явилось 205; литература главнымъ образомъ французская—473 соч.

2) Въ русской литературѣ на значеніе гипнотизма по отношенію къ вмѣненію было указано мною въ лекціяхъ, в. II, 1888, стр. 505.

3) Поэтому, тогда какъ нансійская школа утверждаетъ, что гипнозоспособны до 95% лицъ (ср. въ особенности указанія Фореля), школа парижская считаетъ лишь отъ 10 до 30%, причемъ нельзя однако, не прибавить, что разница въ счетѣ зависитъ еще и отъ того, что̀ признавать началомъ гипнотическаго сна; ср. Crocq, стр. 64, самъ онъ считаетъ не болѣе 5% пригодныхъ для усыпленія до степени сомнамбулизма.

ности безразлично, достигается ли такое усыпленіе путемъ внушенія, приказанія, прямо обращеннаго къ усыпляемымъ или же попутнаго, подразумѣваемаго (suggestion inconsciente), внушенія, достигаемаго жестами, положеніемъ рукъ или даже словами, присутствіемъ (школа Нанси),—или же усыпленіе достигается сосредоточеніемъ вниманія объекта путемъ психическаго усвоенія идеи о необходимости уснуть или физическаго, фиксаціей зрѣнія на предметъ, находящійся предъ глазами, въ особенности блестящій (напр., ритмически вращающееся зеркало), или тоническими эффектами, однообразными усыпляющими звуками, или же зрительными и слуховыми воздѣйствіями вмѣстѣ; безразлично, наконецъ, возникаетъ ли этотъ сонъ при содѣйствіи другаго лица, или же только дѣйствіями самого усыпленнаго (самовнушеніе). Этотъ искусственно вызванный сонъ получаетъ въ уголовномъ правѣ самъ по себѣ троякое значеніе: во-1-хъ, по отношенію къ отвѣтственности лицъ, производящихъ гипнотическое усыпленіе; при этомъ такая отвѣтственность можетъ опредѣляться за самое употребленіе гипнотизма и въ особенности за публичные опыты этого рода, какъ вредно дѣйствующіе на присутствующихъ [1]), или же за послѣдствія его, какъ скоро они оказались вредны для усыпленнаго, въ особенности при злоупотребленіи гипнотизированіемъ отдѣльнаго субъекта, могущимъ вызвать нервное разстройство и даже психическую болѣзнь. Въ этихъ случаяхъ къ виновному могутъ быть, конечно, примѣнимы общія постановленія объ умышленномъ или неосторожномъ причиненіи тѣлесныхъ поврежденій [2]). Во-2-хъ, по отношенію къ отвѣтственности за учиненіе преступнаго дѣянія надъ приведеннымъ въ такое безсознательное состояніе, когда усыпленный является непосредственнымъ объектомъ преступленія, какъ, напр., учиненія надъ нимъ изнасилованія, кражи, лишенія свободы и т. п. [3]). Къ этой же категоріи нужно отнести и тѣ случаи, когда нарушеніе закона заключалось въ самомъ нахожденіи даннаго лица въ состояніи сна: усыпленіе караульнаго, стражи, стрѣлочника, лица, долженствующаго явиться въ данное время свидѣтелемъ и т. п.

---

1) Такъ, постановленіемъ медицинскаго совѣта, утвержденнымъ мин. вн. дѣлъ 4 Іюля 1890 г., воспрещено производство публичныхъ сеансовъ магнетизма и гипнотизма, примѣненіе же гипноза съ лѣчебною цѣлью разрѣшается, такъ же, какъ и производство операцій, т. е. въ присутствіи другихъ врачей. Такія же воспрещенія вошли въ спеціальныя узаконенія многихъ западно европейскихъ законодательствъ. Ср. въ особенности бельгійскій 30 М. 1892 (Thiry, № 119). Геберле, стр. 14, полагаетъ возможнымъ къ случаямъ загипнотизированія примѣнять постановленія уголовнаго кодекса о лишеніи свободы, въ смыслѣ задержанія и заключенія, но такое толкованіе не соотвѣтствуетъ точнымъ признакамъ состава этого преступнаго дѣянія.

2) Возможность причиненія тѣлеснаго поврежденія техническимъ путемъ, а слѣдовательно и гипнотическимъ воздѣйствіемъ, признаетъ и судебная медицина и судебная практика. Ср. Геберле, стр. 18 и сл.

3) Рядъ такихъ случаевъ изнасилованія загипнотизированныхъ приведенъ у Crocq, стр. 150 и сл.; Liégeois, стр. 47—въ особенности дѣло Кастеляна 1865г.; дѣло Леви въ Руанѣ 1879 г., экспертиза Бруарделя; дѣло Маріи Т. въ Нефшателѣ, экспертиза Ладама и др. Случаи эти вполнѣ подойдутъ подъ понятіе плотской связи съ находящеюся въ состояніи безсознательности или даже приведенною виновнымъ въ такое состояніе. Возраженія, сдѣланныя противъ такого толкованія Лилієнталемъ, подробно разобраны у Фореля и у Геберле, стр. 24 и сл. Сомнамбула съ открытыми глазами, говоритъ Форель, находящаяся въ безусловномъ подчиненіи волѣ гипнотизера, de facto такъ же беззащитна, какъ и находящаяся въ видимо безсознательномъ состояніи каталепсіи.

Отвѣтственность въ этихъ случаяхъ опредѣляется по тѣмъ же правиламъ, какъ и отвѣтственность за всякое иное приведеніе въ безсознательное состояніе посредствомъ усыпляющихъ или наркотическихъ веществъ, а въ соотвѣтствующихъ случаяхъ и за принужденіе. Въ-3-хъ, по отношенію къ самому усыпленному, приведшему себя—самоусыпленіемъ или чрезъ третье лицо, въ состояніе сна, и тѣмъ учинившему нарушеніе закона [1]). Эти случаи подходятъ подъ изложенное далѣе ученіе объ actiones liberae in causa, и стрѣлочникъ, загипнотизировавшій себя и не переведшій во-время стрѣлки, будетъ отвѣчать такъ же, какъ и принявшій достаточную дозу морфія или опіума, или напившійся пьянымъ до безчувствія.

Но несравненно важнѣе вопросъ объ отвѣтственности за то, что учинено загипнотизированнымъ подъ вліяніемъ гипноза, гипнотическаго внушенія въ тѣсномъ смыслѣ. Опытъ показываетъ намъ, что гипнотизеръ владыка надъ психическою и физическою личностью усыпленнаго, будетъ ли это усыпленіе каталепсіей, летаргіею, а въ особенности состояніемъ сомнамбулизма, такъ какъ, по справедливому замѣчанію Forel, стр. 181, сомнамбулъ также неспособенъ къ сопротивленію волѣ гипнотизера, какъ и находящійся въ летаргіи; загипнотизированный усваиваетъ галлюцинаціи и иллюзіи, ему внушаемыя, онъ видитъ, слышитъ, обоняетъ, осязаетъ, смакуетъ то, о чемъ говоритъ ему гипнотизеръ, онъ по волѣ гипнотизера переносится изъ тропическихъ странъ въ вѣчные льды сѣвера, подымается на горныя вершины и спускается въ океанъ, встрѣчается съ дикими звѣрями, отвращаетъ опасности; онъ ощущаетъ по его приказанію холодъ и жаръ, голодъ и насыщеніе, боль и облегченіе, страданіе и удовольствіе; онъ можетъ отрѣшиться отъ своей личности, воплотиться въ то, во что ему приказываютъ, по предложеннымъ или навязаннымъ ему посылкамъ онъ дѣлаетъ выводы, заключенія, сужденія. Мало того, онъ дѣйствуетъ по подсказанному или приказанному, и притомъ не только во время искусственнаго сна, но и по пробужденіи, даже чрезъ извѣстный промежутокъ, на разстояніи (suggestion à l'échéance) не только дней, мѣсяцевъ, но даже года (Crocq, стр. 111); гипнозъ проявляетъ вліяніе, когда загипнотизированный повидимому пользовался полнотою своихъ психическихъ силъ, онъ тѣмъ не менѣе можетъ дѣйствовать роковымъ образомъ подъ вліяніемъ привитыхъ ему во время сна мыслей и идей. При этомъ, какъ ни важно, съ точки зрѣнія общественной безопасности, различіе, существующее во взглядахъ парижской и нансійской школъ на силу и степень подчиненности усыпленнаго волѣ гипнотизера [2]), но и это различіе не суще-

---

1) Въ виду возможности вызвать у загипнотизированнаго патологическія явленія не только въ нервной, но и въ мускульной системѣ—онѣмѣнія, параличное состояніе и т. п., и притомъ продолжающіяся извѣстное, иногда довольно продолжительное время, Крокъ считаетъ возможными случаи употребленія гипнотизма, какъ средства содѣйствія даже уклоненію отъ воинской повинности.

2) Такъ, одинъ изъ новѣйшихъ представителей парижской школы, Gilles de la Tourette, утверждаетъ, что и загипнотизированный не теряетъ однако свою личность, не дѣлается автоматомъ, его волеспособность ограничена, но не устранена безусловно; онъ можетъ оцѣнивать сдѣланныя предложенія и сопротивляться внушеніямъ. Напротивъ того, представители нансійской школы говорятъ, что находящійся подъ внушеніемъ такъ же идетъ къ предуказанной цѣли, какъ брошенный камень падаетъ на землю, но нѣкоторые сторонники и этой школы, какъ Бернгеймъ, Лиліенталь, не признаютъ

ственно для юриста, по отношенію къ вмѣненію содѣяннаго. Признаемъ ли мы, вмѣстѣ со школою Нанси, безусловную подчиненность загипнотизированнаго, его автоматичность, возможность заставить его совершить всякое дѣйствіе, какъ бы ни нарушало оно его воззрѣнія на требованія нравственности, религіи и закона, какъ бы ни противорѣчило оно его личнымъ занятіямъ и вкусамъ, привычкамъ, убѣжденіямъ, и т. п.; или же вмѣстѣ съ послѣдователями Шарко признаемъ и у большинства усыпленныхъ возможность противодѣйствія, борьбы и даже и неподчиненія внушеніямъ, какъ скоро таковыя идутъ въ разрѣзъ съ ихъ нравственною личностію [1]),—повторяю, это различіе не измѣнитъ условій уголовной вмѣняемости и отвѣтственности загипнотизированнаго, такъ какъ вопросъ идетъ не о томъ, согласно или не согласно учиненное съ характеромъ или убѣжденіями даннаго субъекта, а лишь о томъ, подлежитъ ли онъ отвѣтственности за учиненное. Пока карательная дѣятельность государства имѣетъ своимъ объектомъ не преступность, не преступныя идеи, склонности, пожеланія, а виновныя дѣянія, указываемое соотношеніе не можетъ имѣть рѣшающаго значенія. Можетъ ли отвѣчать въ уголовномъ порядкѣ мясникъ, который вслѣдствіе внушенія зарѣзалъ сосѣдскую корову, или хирургъ, подъ вліяніемъ гипноза ампутировавшій кому нибудь здоровую руку? Отвѣчаетъ ли учинившій кражу подъ несомнѣннымъ вліяніемъ гипноза, если онъ неоднократно судился за таковыя или даже во время загипнотизированія отсиживалъ въ тюрьмѣ наказаніе за таковую? Можетъ ли гипнотизеръ, по своему усмотрѣнію, посадить въ тюрьму или сослать на каторгу всякаго рецидивиста, заставивъ его продѣлать то, за что онъ былъ уже судимъ? Хотя бы вмѣстѣ съ парижскою школою мы и признавали, что эти лица потому только подчинились внушенію, что оно соотвѣтствовало усвоеннымъ ими привычкамъ, ихъ наклонностямъ, нравственному складу, я полагаю, что нѣтъ, если только дѣйствительно доказано, что это лицо дѣйствовало подъ вліяніемъ гипнотическаго внушенія, такъ какъ очевидно, что и подобныя дѣянія должны быть разсматриваемы, какъ учиненныя во временномъ потемнѣніи психической дѣятельности, во временно безсознательномъ состояніи, и слѣдовательно должны быть признаваемы невмѣняемыми [2]). Конечно, въ этихъ случаяхъ отвѣчаетъ

безусловности этого положенія и допускаютъ въ видѣ исключенія возможность сопротивленія. Съ другой стороны, представитель парижской школы Crocq, в. с., стр. 119, раздѣляетъ съ этой точки зрѣнія всѣхъ гипнотизируемыхъ относительно внушеній на разстоянія на 4 группы: 1) такіе, которые слѣпо повинуются приказу; 2) такіе, которые повинуются только приказамъ, соотвѣтствующимъ ихъ нравственному чувству и ихъ инстинктамъ; 3) такіе, которые повинуются только внушеніямъ, имъ пріятнымъ, и 4) такіе, которые не повинуются никакимъ внушеніямъ.

1) Также спорнымъ, по ученію парижской школы, представляется крайне важный съ процессуальной точки зрѣнія вопросъ о томъ: можетъ ли вспомнить загипнотизированный то, что происходило во время усыпленія? и въ особенности можетъ ли онъ вспомнить о томъ, несмотря на приказаніе гипнотизера не помнить того, кто и при какихъ условіяхъ ему приказывалъ? Crocq, стр. 83, указываетъ, что безусловно отрицать такой возможности нельзя, что въ жизни приходилось наблюдать такихъ субъектовъ, которые указывали на источникъ внушенія, несмотря на воспрещеніе сдѣланное во время сна; особенно часты случаи такого непослушанія, когда вопросы предлагаютъ субъекту, вновь усыпленному.

2) Хотя въ судебной практикѣ и не встрѣчалось пока примѣровъ учиненія преступленія путемъ внушенія, но въ литературѣ гипнотизма приводится рядъ несомнѣнныхъ опытовъ Льежуа, Берггейма, Крока и др., когда больные не только давали внушенныя имъ ложныя показанія предъ

загипнотизировавшій, за умыселъ или неосторожность, смотря по условіямъ его дѣйствія, такъ же, какъ отвѣчалъ бы онъ за преступленіе, учиненное по его внушенію сумасшедшимъ, ребенкомъ, приведеннымъ въ состояніе полнаго опьянѣнія. Конечно, можно представить себѣ такіе случаи, когда преступное внушеніе сдѣлано по иниціативѣ самого загипнотизированнаго, для того, чтобы создать преступную рѣшимость, создать ссылку на невмѣняемость, но тогда, если это будетъ установлено, къ такому лицу будутъ опять-таки примѣнены положенія объ actiones liberae in causa.

Наше дѣйствующее уложеніе не содержитъ никакихъ особыхъ постановленій ни о сонныхъ состояніяхъ, ни о гипнотическомъ снѣ, но, очевидно, что всѣ случаи этого рода могутъ быть подводимы подъ понятіе «состояній безсознательности». [1])

114. Окончивъ обзоръ состояній, исключающихъ вмѣняемость, я въ заключеніе остановлюсь на нѣкоторыхъ общихъ вопросахъ, относящихся ко всѣмъ этимъ состояніямъ.

Первый вопросъ, устраняютъ ли эти состоянія вмѣняемость при всѣхъ преступныхъ дѣяніяхъ, независимо отъ ихъ тяжести? Въ этомъ отношеніи всѣ современные кодексы даютъ безусловно утвердительный отвѣтъ. Идіотъ, умалишенный и т. д. одинаково не отвѣчаютъ за убійство, за кражу, за нарушеніе полицейскаго предписанія, по крайней мѣрѣ, одинаково не отвѣчаютъ въ порядкѣ уголовнаго суда.

Такъ, по нашему дѣйствующему праву, постановленія ст. 39 относятся не только безусловно ко всѣмъ преступнымъ дѣяніямъ, въ немъ предусмотрѣннымъ, но и къ дѣяніямъ, указаннымъ въ спеціальныхъ уставахъ акцизныхъ и друг.

Изъ этого общаго правила существуютъ исключенія лишь по отношенію къ нѣкоторымъ отдѣльнымъ преступнымъ дѣяніямъ, при которыхъ ссылка виновнаго на то, что онъ находился въ состояніи невмѣняемости, не всегда освобождаетъ отъ отвѣтственности.

1) Прежде всего къ этой группѣ относится воспрещенное, подъ страхомъ наказанія, приведеніе себя въ состояніе, устраняющее вмѣняемость. Очевидно, что такіе запреты могутъ имѣть мѣсто только относительно такихъ состояній, которыхъ воспроизведеніе зависитъ отъ самого лица: несомнѣнно, что современное право не можетъ допустить наказуемости душевно-больныхъ

яко-бы судебными властями, но даже и являлись съ ложными самообвиненіями въ тяжкихъ преступленіяхъ до убійства включительно; равнымъ образомъ многочисленны опыты посягательствъ подъ вліяніемъ внушенія на тѣлесную неприкосновенность, на жизнь, тайное взятіе вещей и т. п. Отсутствіе въ дѣйствительной жизни преступленій этого рода объясняется, по мнѣнію Крока, не только трудностью созданія подходящихъ условій, но и тѣмъ, что внушившій подвергается значительному риску: исполнитель находится въ такомъ состояніи, которое почти исключаетъ для него возможность скрыть слѣды преступленія, а чрезъ это дается возможность добраться до истиннаго виновника преступленія.

1) Уложеніе 1845 г. содержало особое постановленіе только о лунатикахъ или сонноходахъ, признавая таковыхъ дѣйствующими безъ всякаго разумѣнія, въ припадкахъ своего нервнаго разстройства.

и идіотовъ за то, что они находятся въ такомъ ненормальномъ состояніи; въ современныхъ законодательствахъ къ такимъ состояніямъ относится только одно опьянѣніе. Какъ говорилъ еще воинскій артикулъ Петра Великаго— «пьянство никого не извиняетъ, понеже онъ въ пьянствѣ уже непристойное дѣло учинилъ». При этомъ наказуемость можетъ быть двоякая. Во-1-хъ, наказывается пьянство само по себѣ, когда оно повторяется неоднократно, или когда его послѣдствіемъ является разореніе семейства, необходимость пьяницы прибѣгать къ общественной благотворительности. Такъ, сельско-судебный уставъ повторяетъ еще и нынѣ постановленія устава благочинія о наказуемости тѣхъ, кто злообыченъ въ пьянствѣ, или болѣе времени въ году бываетъ пьянъ, чѣмъ трезвъ; по закону 12 Іюня 1889 г. волостными судами вѣдаются мотовство и пьянство, если пороки эти влекутъ за собою разстройство хозяйства, за что виновные подвергаются или аресту отъ 7—15 дней, или тѣлесному наказанію (для лицъ, не изъятыхъ отъ таковаго) до 20 ударовъ, или въ особенно важныхъ случаяхъ аресту и наказанію розгами; наконецъ, сюда же нужно отнести постановленія о наказуемости за пьянство военнослужащихъ. Во-2-хъ, когда состояніе опьянѣнія входитъ, какъ необходимый элементъ, въ составъ какого либо преступнаго дѣянія; такъ, ст. 254 подвергаетъ отвѣтственности за появленіе въ публичномъ мѣстѣ пьянымъ до безпамятства или въ безобразномъ отъ опьянѣнія видѣ. Очевидно, что въ подобныхъ случаяхъ лицо не можетъ ссылаться въ свое оправданіе на состояніе полнаго опьянѣнія, такъ какъ оно и наказывается именно за то, что было пьяно, хотя этимъ, разумѣется, не исключается ссылка на другія причины, уничтожающія вмѣняемость или вмѣненіе, напр., на принужденіе.

2) Сюда же относится такъ называемыя actiones liberae in causa [1]), т. е. поставленіе себя въ состояніе недѣеспособности или въ виду осуществленія въ этомъ состояніи какого нибудь преступнаго дѣянія, или при такихъ обстоятельствахъ, когда виновный могъ и долженъ былъ предвидѣть, что въ такомъ состояніи онъ можетъ учинить что либо преступное или не исполнить требованія закона: вызванный въ судъ свидѣтелемъ, зная, что черезъ полчаса ему надо явиться въ судъ, ложится спать, не принявъ никакихъ мѣръ, чтобы его во время разбудили, и просыпаетъ время явки; стрѣлочникъ, предъ проходомъ поѣзда, сознательно напивается пьянъ, не передвигаетъ стрѣлку, и поѣздъ сходитъ съ рельсовъ [2]).

---

1) Ср. Binding, Normen, II. стр. 195—201; у него литературныя указанія; ср. также Wächter, Handbuch des sächsischen Strafrechts, стр. 397—410. Hälschner, стр. 212, и H. Meyer, стр. 191, возстаютъ противъ школьнаго термина, какъ не соотвѣтствующаго содержанію. Весьма объемистая монографія R. Katzenstein, Die Straflösigkeit der actio libera in causa, 1901, посвященная этому маленькому вопросу, пытается доказать, вопреки господствующему мнѣнію, безнаказанность этихъ случаевъ по тѣмъ законодательствамъ, которыя не содержатъ особыхъ по сему предмету постановленій.

2) Самое понятіе такихъ дѣйствій не исчерпывается только приведеніемъ себя въ состояніе невмѣняемости; оно относится и къ случаямъ приведенія себя въ состояніе невмѣненія, напр., искусственное созданіе физическаго принужденія; далѣе, оно можетъ встрѣтиться при необходимой оборонѣ, крайней необходимости; но тамъ это понятіе получаетъ иное значеніе. Биндингъ разсматриваетъ всѣ эти случаи въ одной главѣ, подъ общимъ названіемъ—die Schuld zur Zeit der That scheinbar nicht mehr vorhanden.

Очевидно, что эти случаи относятся также только къ такимъ условіямъ, устраняющимъ вмѣняемость, которыхъ возникновеніе или не возникновеніе въ данное время можетъ зависѣть отъ воли дѣятеля: таковы именно состоянія опьянѣнія и сна.

Далѣе, необходимо, чтобы это лицо привело себя въ состояніе невмѣняемости добровольно; всякая отвѣтственность исчезаетъ, какъ скоро будетъ доказано, что виновнаго насильственно привели въ состояніе опьянѣнія, или что ему дали усыпительнаго. Но съ другой стороны для отвѣтственности безразлично, привело ли себя въ такое состояніе лицо само или воспользовалось для этого другимъ лицомъ завѣдомо или не завѣдомо для сего послѣдняго: такимъ образомъ, безразлично, выпилъ ли обвиняемый стаканъ водки самъ или попросилъ, чтобы ему поднесли другіе, было ли самоусыпленіе или усыпленіе при помощи спеціалиста.

Отвѣтственность въ этихъ случаяхъ можетъ быть или какъ за умышленное дѣяніе, если, приводя себя въ состояніе невмѣняемости, виновный желалъ, чтобы чрезъ это произошло извѣстное преступное дѣяніе, или, по крайней мѣрѣ, безразлично относился къ тому, что подобное дѣяніе произойдетъ вслѣдствіе его безсознательности, или же какъ за неосторожное дѣяніе, какъ скоро виновный могъ или долженъ былъ предвидѣть, что отъ его безсознательности произойдетъ нарушеніе закона, хотя этого и не предвидѣлъ или думалъ предотвратить таковое.

Такая отвѣтственность возможна главнымъ образомъ при преступномъ упущеніи, при неисполненіи возложенныхъ на виновнаго обязанностей, причемъ въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ законъ наказываетъ одинаково умыселъ и неосторожность, это приравненіе будетъ распространено и на разбираемые случаи. Объективнымъ основаніемъ отвѣтственности будетъ фактъ неисполненія закона; субъективнымъ—сознаваемое и волимое поставленіе себя въ невозможность исполнить требованіе закона, или же небрежное отношеніе къ исполненію или неисполненію того, что онъ долженъ былъ учинить.

Но отвѣтственность можетъ быть и при преступномъ содѣяніи, какъ скоро съ объективной стороны лицо, находящееся въ безсознательномъ состояніи, именно въ силу этого своего положенія сдѣлалось причиною вреда или опасности для какого либо правоохраненнаго интереса, и когда съ субъективной стороны это причиненіе было продуктомъ умысла или неосторожности обвиняемаго. При этихъ условіяхъ пьяный или спящій, причиняющій вредъ, какъ инертное тѣло, какъ предметъ внѣшней природы, является, какъ и послѣдній, орудіемъ преступной воли; все различіе состоитъ только въ томъ, что здѣсь орудіемъ человѣка является онъ самъ, обращенный какъ бы въ неодухотворенный предметъ [1]). Отсюда понятно, что далеко не всякое преступное дѣяніе, учиненное въ полномъ опьянѣніи или снѣ, можетъ быть подводимо подъ разбираемое понятіе, а только такое, для котораго безсознательность дѣятеля была выбрана какъ средство дѣятельности. Только при этомъ

---

1) Клейнштейнъ, 59, по этому поводу дѣлаетъ указаніе, что самъ человѣкъ и его дѣйствія никогда не могутъ быть средствами для своей же дѣятельности, но доказательствъ, кромѣ того, что это противно нашему Rechts и Sprachgefühl, не представляетъ.

условіи мы можемъ вмѣнить дѣятелю не голый умыселъ, а виновную причинность по отношенію къ преступному дѣянію, проявившуюся еще въ то время, когда онъ находился въ состояніи вмѣняемости. Виновный былъ причиною своего безсознательнаго состоянія, и это состояніе вызвало преступное дѣяніе; такое причинное отношеніе совершенно аналогично съ дѣйствіемъ лица, бросившаго съ горы камень, который, скатившись, убилъ человѣка, аналогично съ дѣйствіемъ дѣеспособнаго, направившаго сумасшедшаго на убійство: дѣйствующій сталъ причиною причины, a causa causae est causa causati. Всего чаще такія условія могутъ наступить при неисполненіи спеціальной обязанности, причинившемъ вредъ: опьянѣніе сторожа, кондуктора или машиниста на желѣзной дорогѣ, кучера въ экипажѣ и т. п., а иногда эти условія могутъ встрѣтиться и при общихъ преступныхъ дѣяніяхъ: женщина, зная, что она спитъ крайне безпокойно, кладетъ возлѣ себя новорожденнаго ребенка, предполагая и надѣясь во снѣ задушить его, и ея предположеніе дѣйствительно сбывается [1]).

Противъ такого рѣшенія вопроса дѣлаютъ обыкновенно два возраженія: съ одной стороны, говорятъ, что такимъ образомъ мы дѣлаемъ виновнымъ и отвѣтственнымъ лицо, которое въ моментъ преступнаго дѣянія находилось въ состояніи невмѣняемости; но это замѣчаніе заключаетъ въ себѣ очевидное недоразумѣніе. Вмѣняемость есть субъективный моментъ состава преступнаго дѣянія; поэтому его бытіе должно существовать не всегда въ тотъ моментъ, когда объективно совершается событіе, а въ тотъ, когда въ событіе вкладывается виновный, становясь причиною нарушенія или неисполненія правовой нормы; если преступникъ устроилъ машину съ часовымъ приводомъ, которая черезъ 12 часовъ должна произвести взрывъ, то онъ отвѣчаетъ за послѣдствія взрыва, хотя бы въ самый моментъ взрыва онъ спалъ непробуднымъ сномъ; лицо дѣеспособное приготовило отраву—оно отвѣчаетъ за отравленіе, хотя бы жертва выпила эту отраву черезъ два дня, въ то время, когда отравитель находился въ припадкѣ эпилепсіи, временнаго душевнаго разстройства.

Далѣе возражаютъ, что при такомъ рѣшеніи самое объективное вмѣненіе преступнаго дѣянія становится гадательнымъ, шаткимъ. Можетъ ли кто либо, напиваясь, съ точностью опредѣлить силу опьянѣнія, время отрезвленія, и всего болѣе ту дѣятельность, которую придется исполнять въ безсознательномъ состояніи? Но, какъ мы увидимъ далѣе, для объективнаго вмѣненія вовсе не требуется, чтобы вмѣняемый результатъ былъ неизбѣжный или вѣроятный; возможно вмѣненіе и результатовъ случайныхъ: человѣкъ, на сравнительно далекомъ разстояніи стрѣляющій, не цѣлясь, съ разбѣга, въ другаго и, тѣмъ не менѣе, убившій его наповалъ, отвѣчаетъ за лишеніе жизни. Съ другой стороны, при actiones liberae in causa разсчетъ на наступленіе преступныхъ послѣдствій можетъ быть вполнѣ вѣроятный: человѣкъ, который ложится спать за полчаса до явки въ судъ, съ большою вѣроятностью можетъ ожидать, что онъ не явится во-время; сторожъ, который за нѣ-

[1]) Таковъ взглядъ большинства нѣмецкихъ криминалистовъ. Ср. Binding, Grundriss, § 40; H. Meyer, § 23; изложеніе противоположныхъ воззрѣній, весьма, впрочемъ, немногочисленныхъ, у Katzenstein.

сколько минутъ до прохода поѣзда напивается пьянъ, съ достовѣрностью можетъ предсказать, что онъ не переведетъ стрѣлки, и т. п. Въ особенности степень этой достовѣрности безразлична тамъ, гдѣ человѣкъ хотѣлъ нарушить свою обязанность умышленно; тамъ же, гдѣ рѣчь идетъ о вмѣненіи причиненнаго вреда въ неосторожную вину, степень вѣроятности наступленія преступнаго результата должна быть принята въ разсчетъ по общимъ правиламъ вмѣненія неосторожности.

При этомъ нельзя не прибавить, что такое рѣшеніе этого вопроса вполнѣ возможно и по тѣмъ законодательствамъ, которыя не содержатъ никакихъ особыхъ по сему вопросу постановленій [1]), такъ какъ это рѣшеніе вытекаетъ изъ общаго ученія о составѣ и элементахъ преступныхъ дѣяній.

115. Не менѣе серьезнымъ представляется вопросъ о мѣрахъ, которыя государство можетъ и должно принимать противу лицъ, учинившихъ преступное дѣяніе въ состояніи невмѣняемости, такъ какъ, освобождая ихъ отъ наказанія, государство не можетъ, однако, допустить, чтобы, оставаясь на свободѣ, они грозили зломъ и бѣдою окружающимъ, и чѣмъ болѣе растетъ число психически-больныхъ преступниковъ, тѣмъ важнѣе становится этотъ вопросъ: признаніе субъекта нравственно помѣшаннымъ, нравственнымъ выродкомъ, психопатомъ, не можетъ дать этому лицу патента на совершеніе кражъ, изнасилованій, убійствъ. Тамъ, гдѣ причины невмѣняемости излѣчимы, устранимы, конечно, такою мѣрою должна быть отдача въ больницы для душевно-больныхъ; тамъ, гдѣ эти состоянія оказываются неизлѣчимыми пороками организма, больные должны быть помѣщаемы въ убѣжища, достаточно предохраняющія отъ нихъ общество, или должны быть отдаваемы подъ надежную частную охрану.

Изъ западно-европейскихъ законодательствъ французское не содержитъ никакихъ спеціальныхъ постановленій по этому предмету, но французскіе криминалисты признаютъ это существеннымъ пробѣломъ (Garraud, № 211 пр. 6), и проектъ франц. угол. уложенія допускаетъ (ст. 55) такое помѣщеніе въ случаѣ учиненія подсудимымъ преступленія; также умалчиваютъ объ этомъ кодексы германскій и венгерскій; кодексъ голландскій (ст. 37) даетъ право суду подсудимаго, признаннаго невмѣняемымъ, помѣстить на испытаніе въ больницу, но на срокъ не свыше 1 года; по кодексу итальянскому (ст. 46) судья уполномоченъ въ этихъ случаяхъ передать такое лицо компетентнымъ властямъ, которыя поступаютъ согласно закону 1889 г. Наиболѣе своеобразны, но совершенно несостоятельны постановленія швейцарскаго уложенія, которое въ § 13 постановляетъ: если общественная безопасность требуетъ содержанія (Verwahrung), не обладающаго вмѣняемостью или обладающаго *вмѣняемостью уменьшенною* (verminderte Zurechnungsfähigkeit) въ больницахъ или домахъ призрѣнія, то судъ дѣлаетъ о томъ распоряженіе; отъ него же зависитъ и освобожденіе изъ заведенія по минованіи въ томъ надобности. Если же такого помѣщенія требуютъ интересы самого подсудимаго, то для лѣченія и присмотра (seiner Behandlung oder Versorgung) за нимъ въ такихъ заведеніяхъ судъ передаетъ его административнымъ учрежденіямъ. Если признанный учинившимъ дѣяніе въ состояніи неполной вмѣняемости

---

[1]) Особыя постановленія содержали: баварское уложеніе 1813 г., саксонское уголовное уложеніе 1838 г., баденское 1845 г. и др., также проектъ норвежскаго кодекса § 45; австрійскій кодексъ дѣлаетъ изъ этихъ случаевъ особое нарушеніе, въ ст. 236 постановляя, что кто въ состояніи полнаго опьянѣнія учинитъ преступленіе, тотъ наказывается арестомъ отъ 1—3 мѣсяцевъ; при такой постановкѣ вопроса предлагаютъ считать дѣйствительное учиненіе преступнаго дѣянія обстоятельствомъ, усиливающимъ вину. Ср. H. Meyer, Lehrbuch, § 23.

былъ приговоренъ къ лишенію свободы и срокъ его не истекъ ко времени освобожденія изъ больницы, то онъ отбываетъ оставшуюся часть наказанія. Такимъ образомъ, положеніе признанныхъ обладающими неполною вмѣняемостью весьма грустное. Они признаются и преступниками и больными; ихъ и наказываютъ и лѣчатъ.

Уложеніе 1845 г. содержало по этому предмету крайне разнообразныя постановленія [1]). Такъ, безумные и сумасшедшіе (ст. 95), въ случаѣ учиненія ими смертоубійства или покушенія на жизнь другаго или свою собственную, или посягнувшіе на зажигательство заключались въ домъ умалишенныхъ и притомъ даже въ томъ случаѣ, когда бы ихъ родители или родственники пожелали взять на себя обязанность смотрѣть за ними и лѣчить ихъ.

Напротивъ того, больные, учинившіе такія преступленія въ умоизступленіи или безпамятствѣ (ст. 96), отдавались на попеченіе родителямъ, родственникамъ или опекунамъ, или, съ согласія этихъ лицъ, и постороннимъ, съ обязанностью имѣть за ними тщательное непрестанное смотрѣніе во время болѣзни и лѣченія, предотвращая всякія опасныя для другихъ или для него самого послѣдствія его припадковъ умоизступленія; а если эти лица оказывались недостаточно благонадежными, то страдающіе припадками отдавались для присмотра и лѣченія въ больницу, гдѣ и оставались до совершеннаго выздоровленія.

Относительно глухонѣмыхъ, учинившихъ указанныя преступленія, согласно ст. 98, дѣлалось распоряженіе о заключеніи ихъ отдѣльно отъ другихъ, находящихся подъ стражею, и о строгомъ, неослабномъ за ними надзорѣ. При этомъ законъ вовсе не объяснялъ, гдѣ и какъ должны содержаться глухонѣмые; но, какъ справедливо разъяснилъ Сенатъ (рѣшенія по дѣлу Агѣева, 75/201, а въ особенности по дѣлу Евстигнѣева, 77/27), они должны содержаться также въ больницахъ и по правиламъ, установленнымъ для душевнобольныхъ.

Наконецъ, относительно дряхлыхъ и лунатиковъ ст. 97 постановляла, что они отдаются на попеченіе или помѣщаются въ заведенія общественнаго призрѣнія для бдительнаго за ними присмотра; при этомъ законъ не говорилъ, при учиненіи какихъ именно преступныхъ дѣяній могутъ быть приняты эти мѣры, хотя очевидно, по общему смыслу всѣхъ относящихся сюда статей уложенія, что принятіе ихъ допускается только въ случаѣ учиненія убійства, покушенія на него или на самоубійство и поджога.

Относительно лицъ, признанныхъ невмѣняемыми вслѣдствіе умоизступленія, отъ запоя происшедшаго, уложеніе никакихъ особыхъ правилъ не содержало, но такъ какъ случаи такой невмѣняемости подводились подъ дѣйствіе ст. 96, то Сенатъ въ рѣшеніи 1877 № 62, по дѣлу Канаева, призналъ, что къ нимъ примѣняются и послѣдствія, въ этой статьѣ указанныя.

При этомъ, по приложенію къ ст. 95, они оставались въ этихъ заведеніяхъ или навсегда, если болѣзнь неизлѣчима, или освобождались по прошествіи 2-хъ лѣтъ, когда въ теченіе этого времени у нихъ не было никакихъ припадковъ; освобожденіе, какъ говоритъ законъ, могло быть сдѣлано только съ разрѣшенія высшаго начальства. Впрочемъ и до истеченія двухлѣтняго срока больной могъ быть освобожденъ и отданъ подъ присмотръ родственниковъ, если для этого были какія либо особыя побужденія и достаточное удостовѣреніе, что отъ такого освобожденія не можетъ быть никакой опасности.

Дѣйствующее уголовное уложеніе содержитъ по этому вопросу общее правило, предоставляя суду право, буде онъ найдетъ опаснымъ оставить признаннаго учинившимъ преступное дѣяніе въ состояніи невмѣняемости безъ присмотра, принимать слѣдующія мѣры: 1) отдавать такихъ субъектовъ, подобно малолѣтнимъ, подъ отвѣтственный надзоръ роди-

---

1) Въ 1827 г. Дек. 2 (п. с. з. II, № 1597) лицъ, совершившихъ убійство въ сумасшествіи, было указано содержать въ домахъ для умалишенныхъ, въ случаѣ облегченія переводить въ особыя отдѣленія, а освобождать не иначе, какъ съ разрѣшенія мин. внут. дѣлъ и притомъ 5 лѣтъ спустя послѣ выздоровленія; эти правила были подробно развиты въ указѣ 1835 г. Февр. 19 и вошли въ сводъ зак. 1842 г. стр. 149.

телей или другихъ лицъ, согласившихся на это, или 2) помѣщать ихъ въ спеціально врачебныя или иныя, устроенныя для сихъ лицъ, заведенія, но съ тѣмъ, чтобы освобожденіе ихъ оттуда происходило въ порядкѣ, указанномъ въ уставѣ уголовнаго судопроизводства. При этомъ самое принятіе той или другой изъ этихъ мѣръ не зависитъ отъ свойства и важности преступныхъ дѣяній, учиненныхъ психически больнымъ, но законъ, однако, указываетъ, что, хотя принятіе этихъ мѣръ вообще зависитъ отъ усмотрѣнія суда, но если виновный учинилъ убійство, тяжкое тѣлесное поврежденіе, изнасилованіе, поджогъ, или покушеніе на одно изъ таковыхъ, то помѣщеніе его въ заведеніе становится обязательнымъ.

§ 3. *Объектъ преступнаго дѣянія.*

116. Опредѣляя преступное дѣяніе, какъ посягательство на правовую норму въ ея реальномъ бытіи или, другими словами, какъ посягательство на правоохраненные интересы жизни, мы тѣмъ самымъ устанавливаемъ и понятіе объ объектѣ преступнаго посягательства: таковымъ является заповѣдь или норма права, нашедшая свое выраженіе во входящемъ въ сферу субъективныхъ правъ, охраненномъ этою нормою интересѣ жизни [1]). Такъ, говоря, что воровство есть похищеніе чужаго движимаго имущества, мы этимъ указываемъ, что конкретнымъ предметомъ, на который направляется преступное дѣяніе, являются часы, кошелекъ и т. п. [2]), находящіеся въ чьемъ либо обладаніи, а отвлеченнымъ объектомъ—норма права, опредѣляющая отношенія лицъ по имуществу и защищающая неприкосновенность собственности и владѣнія.

Поэтому, прежде всего дѣяніе утрачиваетъ свою преступность, какъ скоро окажется, что объективно не существуетъ норма, которую бы нарушало это дѣяніе, хотя бы преступникъ не только думалъ, но и былъ убѣжденъ, что такая запретительная или требовательная норма дѣйствительно существуетъ; дѣяніе будетъ мнимо-преступнымъ—delictum putativum.

---

1) Cp. Oppenheim, Die Objecte des Verbrechens. 1894 г. Итальянскіе криминалисты, напр. Carrara, § 42, а также и нѣкоторые французскіе, какъ Ortolan, № 546, даютъ названіе объекта только нарушаемымъ нормамъ, а для конкретно нарушаемыхъ интересовъ употребляютъ терминъ: «sujet passif de délit». Нельзя также не замѣтить, что понятіе объекта преступнаго дѣянія разнствуетъ отъ понятія объекта права въ смыслѣ, напр., гражданскаго права: такимъ объектомъ является все то, по поводу чего могутъ возникать частныя юридическія отношенія, слѣдовательно, собственныя блага личности, предметы внѣшняго міра, другія лица и ихъ дѣйствія. Ср. Baron, Pandekten, изд. 1872 г. стр. 37—39.

2) Oppenheim, в. с., § 25 и сл. различаетъ эти интересы, какъ объекты охраны въ отвлеченномъ понятіи, Schutzobjecte, и тѣ реально существующіе предметы, которыхъ уничтоженіе, измѣненіе или воспроизведеніе и т. п. даетъ возможность дѣйствительно осуществить посягательство на правоохраненный интересъ—Handlungsobjecte, но, какъ было уже указано, это различіе, важное въ процесуальномъ отношеніи, а иногда даже и для анализа состава преступныхъ дѣяній въ отдѣльности, не имѣетъ значенія для общаго ученія о преступленіи. Понятно, что въ жизни не можетъ быть посягательства на тѣлесную неприкосновенность человѣка вообще или даже конкретнаго лица, а можетъ быть только переломъ такого то ребра или выбитіе зуба или нѣсколькихъ зубовъ у Ивана или у Петра, но отъ этого различенія не зависитъ установленіе общаго понятія о тѣлесномъ поврежденіи, а развѣ иногда различіе тяжкаго и легкаго поврежденія и т. п.

При этомъ возможны три случая: 1) предполагаемая норма вовсе не существуетъ: кто-либо закурилъ папиросу на улицѣ, полагая, что куреніе воспрещено, между тѣмъ какъ оно дозволено; 2) или норма существуетъ, но ею не устанавливается тѣхъ условій преступности, которыя предполагалъ учинившій и благодаря которымъ учиненное имъ только и могло быть преступнымъ: кто-либо провезъ чрезъ границу, безъ объявленія, 10 штукъ папиросъ, полагая, что провозъ хотя бы одной папиросы составляетъ таможенное нарушеніе, тогда какъ провозъ не свыше сотни папиросъ не воспрещенъ таможенными правилами; или 3) норма существуетъ, и при томъ съ тѣми условіями преступности, которыя предполагалъ учинившій, не зная, что въ данномъ случаѣ существовали и другія условія, въ силу коихъ норма утрачиваетъ запретительный или требовательный характеръ: кто-либо убилъ чужую собаку, которая едва было не загрызла его собаки, полагая, что онъ совершаетъ воспрещенный закономъ убой чужаго животнаго и не зная, что его дѣяніе подходитъ подъ исключающее преступность состояніе крайней необходимости [1]).

Безнаказанность дѣянія, какъ бы вредоносно оно ни было, какъ скоро имъ не нарушалась правовая норма, устраняетъ наказуемость посягательства на собственныя права и блага. Право, какъ внѣшній распорядокъ нашей дѣятельности, регулируетъ отношенія лицъ между собою, а не отношенія человѣка къ его собственнымъ благамъ и интересамъ; природѣ права, замѣчаетъ Биндингъ (стр. 599), не соотвѣтствуетъ соединеніе въ одномъ индивидуумѣ субъекта и объекта правъ. Обязанности, лежащія на насъ относительно нормальнаго развитія умственныхъ и физическихъ силъ, относительно охраны нравственной чистоты, незапятнанности человѣческаго идеала и т. п., могутъ быть налагаемы нашею совѣстью, выполненіе ихъ можетъ быть требуемо религіею; но онѣ не входятъ въ область права. Поэтому, уничтоженіе или поврежденіе собственныхъ благъ не заключаетъ въ себѣ посягательства на юридическія нормы и не почитается преступнымъ, а является или юридически безразличнымъ дѣяніемъ или даже осуществленіемъ права.

Вопросъ, конечно, измѣняется, если посягательство на собственныя блага заключало въ себѣ посягательство на какіе либо другіе интересы, охраняемые нормами, или служило для нихъ средствомъ: не отвѣчая за самоповрежденіе, виновный, разумѣется, будетъ отвѣчать за это привходящее къ его дѣйствію правонарушеніе.

Этотъ принципъ безнаказанности посягательствъ на собственныя блага, бывшій спорнымъ еще въ началѣ нынѣшняго столѣтія, сдѣлался нынѣ почти незыблемымъ въ доктринѣ [2]) и мало по малу установился въ законодатель-

---

1) Другіе случаи ошибки въ фактическихъ и юридическихъ условіяхъ преступнаго дѣянія см. въ ученіи объ умышленной винѣ. Ср. Binding, Handbuch, § 145.

2) Ср. Hälschner, § 187; Binding, Handbuch, § 146; Geib, Lehrbuch, II, стр. 204—211. Schütze, стр. 94, хотя и признаетъ въ этихъ дѣйствіяхъ посягательство на юридическій порядокъ, но считаетъ ихъ, однако, ненаказуемыми по соображеніямъ уголовной политики. Köstlin въ Neue Revision, стр. 683—685, еще признавалъ наказуемыми не только посягательства на жизнь, но и на всѣ блага, составляющія существенныя условія личности, но въ System, стр. 99, онъ относитъ эти случаи къ безнравственностямъ, не могущимъ быть предметомъ реакціи со стороны государства.

ствахъ, въ томъ числѣ и въ нашемъ. Нѣкоторыя кажущіяся исключенія, встрѣчающіяся въ законѣ, только подтверждаютъ общее правило.

Такъ, въ области имущественныхъ нарушеній, хотя, напр., наше уложеніе и признаетъ наказуемыми поджогъ и потопленіе собственнаго имущества, но только въ томъ случаѣ, если поврежденное имущество было застраховано или если отъ дѣйствій виновнаго подверглись опасности чья либо жизнь, или чье либо имущество; истребленіе же собственнаго имущества иными способами или внѣ только-что указанныхъ выше условій, не почитается преступнымъ. Точно также интересами общественнаго порядка, спокойствія или благосостоянія объясняется существованіе нѣкоторыхъ другихъ имущественныхъ проступковъ и нарушеній, въ существѣ коихъ заключается ограниченіе права собственности или владѣнія: таковы, напр., случаи отвѣтственности за нарушеніе правилъ о зарытіи павшаго скота, о возведеніи построекъ и т. п.

Такіе же примѣры кажущихся изъятій мы найдемъ и по отношенію къ случаямъ наказуемаго распоряженія своею личностью и своими личными благами. Такъ, законъ наказываетъ за непользованіе извѣстными политическими правами, напр., за неявку безъ законныхъ причинъ въ собранія земское или дворянское, такъ какъ въ пользованіи этимъ правомъ законъ видитъ извѣстную общественную обязанность, за неисполненіе коей онъ и угрожаетъ наказаніемъ. Съ этой же точки зрѣнія объясняются постановленія уложенія о наказуемости членовредительства, учиненнаго лицомъ, подлежащимъ отбытію воинской повинности, и притомъ ради избѣжанія этой повинности, или наказуемость скопчества, являющагося внѣшнимъ оказательствомъ принадлежности къ преслѣдуемой закономъ ереси, и т. п.

Единственнымъ дѣйствительнымъ исключеніемъ изъ указаннаго выше общаго правила представлялось по уложенію 1845 г. самоубійство [1]). Сводъ законовъ считалъ его тяжкимъ преступленіемъ, назначая за покушеніе на самоубійство каторжную работу; въ уложеніи же 1845 г.. хотя и была сохранена особая глава въ X раздѣлѣ о самоубійствѣ, однако, отвѣтственность за него утратила прежній характеръ, такъ какъ законъ назначалъ за покушеніе на самоубійство только церковное покаяніе, а за оконченное—лишеніе христіанскаго погребенія и недѣйствительность духовнаго завѣщанія; причемъ, съ изданіемъ судебныхъ уставовъ, примѣненіе и этихъ взысканій, какъ было разъяснено практикою Сената, въ порядкѣ уголовнаго суда не могло имѣть мѣста въ виду того, что, по уставу уголовнаго судопроизводства, судъ надъ мертвымъ юридически невозможенъ; точно также было не мыслимо примѣненіе этихъ послѣдствій и въ порядкѣ гражданскаго суда, потому что, съ одной стороны, онъ некомпетентенъ для наложенія взысканій уголовныхъ, а съ другой, недѣйствительность духовныхъ завѣщаній самоубійцъ, о которой говоритъ ст. 1017 ч. I, т. X, не имѣла ничего общаго съ мѣрою, указанною въ

---

1) Ср. Wächter, Revision der Lehre vom Selbstmorde, въ Archiv, 1829 г.; мое изслѣдованіе о преступленіяхъ противъ жизни, 1870 г., т. II, глава VI; тамъ сдѣланъ и подробный разборъ карательныхъ послѣдствій самоубійства по уложенію. Тѣ же соображенія повторены у А. Кистяковскаго, № 147.

ст. 1472, улож. 1845 г., въ виду того, что по законамъ гражданскимъ недѣйствительны только тѣ завѣщанія самоубійцъ, которыя были составлены не въ полномъ умѣ и твердой памяти.

Дѣйствующее уголовное уложеніе не содержитъ никакихъ постановленій о самоубійствѣ, но устанавливаетъ, однако, отвѣтственность за доставленіе средствъ къ таковому (ст. 408) а равно и за подстрекательство и пособничество самоубійству малолѣтнихъ и недѣеспособныхъ (ст. 409) [1]).

Точно также не входятъ непосредственно въ область юридическихъ отношеній предметы внѣшняго, окружающаго насъ міра, неодушевленные и даже одушевленные, животныя; посягательства на нихъ по современнымъ уголовнымъ кодексамъ могутъ быть преступными настолько, насколько этимъ нарушаются права лицъ физическихъ или юридическихъ, или же интересы общественные, или даже и государственные.

Такъ, по уголовному уложенію, напр., наказуемо поврежденіе или похищеніе чужихъ вещей или животныхъ, какъ посягательство на права ихъ владѣльца или собственника; наказуема ловля рыбы или пищепригодныхъ птицъ въ недозволенное время, въ недозволенныхъ мѣстахъ или недозволенными способами, какъ посягательство на охраняемые государствомъ интересы общественнаго продовольствія. Даже наказуемое по ст. 283 жестокое обращеніе съ животными имѣетъ своимъ объектомъ не животное, какъ таковое, а интересы народной нравственности, оскорбленіе чувства состраданія, опасность огрубѣнія нравовъ и т. п., что доказывается какъ мѣстомъ, отведеннымъ этой статьѣ, такъ отчасти и текстомъ закона, говорящимъ только объ отвѣтственности за причиненіе напрасныхъ мученій животнымъ, но вовсе не защищающимъ неприкосновенности жизни и здоровья животнаго, такъ какъ умерщвленіе животнаго не воспрещается закономъ [2]).

---

1) Постановленія объ отвѣтственности за подстрекательство и соучастіе въ самоубійствѣ включены также въ итальянское уложеніе и въ проекты швейцарскій и норвежскій, причемъ послѣдній наказываетъ и за соучастіе въ причиненіи тяжкаго тѣлеснаго поврежденія, но ставитъ условіемъ отвѣтственности, чтобы смерть или поврежденіе наступили.

2) Abegg, Uber Thierquälerei, Archiv, 1851 г.; Кистяковскій, § 139; Hippel, Die Thierquälerei in der Strafgesetzgebung des In und Auslandes, 1891 г. Въ исторіи уголовнаго права, въ особенности у народовъ древняго міра, и животное являлось наравнѣ съ человѣкомъ объектомъ преступленія, такъ какъ въ немъ видѣли предметъ поклоненія или символъ религіозныхъ представленій. Аналогичныя явленія, т. е. смѣшеніе символа съ изображаемою имъ идеею, мы можемъ найти и въ позднѣйшихъ кодексахъ, въ раздѣлѣ религіозныхъ преступленій. Впрочемъ въ новѣйшее время являются попытки обосновать уголовную наказуемость посягательствъ на жизнь, здоровье или тѣлесную неприкосновенность животныхъ не затрагиваемыми этими посягательствами интересами отдѣльныхъ лицъ или общества, а подлежащими правоохранѣ интересами самихъ животныхъ. Такъ, это положеніе защищаетъ Kohlaer, Die Thiere im Rechte. въ G. X LVII. стр. 47: «es giebt keine Rechte der Thiere, aber es giebt schützenswerthe Interessen der Thiere», тоже Wetzlich, Das Recht der Thiere. 1890, а въ особенности I. Bregenzer, Thier-Ethik., 1894, S 47, das Wesen des rechtlichen, insbesondere strafrechlichen Thierschutzes Брегенцеръ соотвѣтственно этому воззрѣнію предполагаетъ помѣстить постановленія о жестокомъ обращеніи съ животными непосредственно за главою о тѣлесныхъ поврежденіяхъ; а вмѣстѣ съ тѣмъ (§§ 48 и сл.) расширяетъ объемъ наказуемыхъ дѣяній этого рода, доходя до отвѣтственности за невызываемое необходимостью истребленіе насѣкомыхъ, и даже и вредныхъ животныхъ и предлагая даже включить въ уголовный кодексъ слѣдующія постановленія: умерщвленіе животнаго безъ нужды (unbefugte Tödtung) наказывается арестомъ или пенею до 500

По тѣмъ же основаніямъ исчезаютъ изъ современныхъ уголовныхъ кодексовъ постановленія о наказуемости посягательствъ на отвлеченныя идеи и вѣрованія, какъ скоро эти посягательства не направляются на права лицъ[1]). Въ кодексахъ XVIII вѣка мы еще встрѣчаемся съ преступленіями противъ божества, но позднѣе даже и сторонники теологическаго направленія въ правѣ, отождествляющіе область права и религіи, должны были признать, что божество стоитъ внѣ сферы человѣческихъ отношеній, что оно недосягаемо для преступныхъ посягательствъ и не нуждается въ защитѣ земнаго правосудія. То же нужно сказать и о посягательствахъ на вѣру; неисполненіе правилъ вѣры и обрядовъ вѣроисповѣданія не можетъ быть предметомъ сужденія суда свѣтскаго, не компетентнаго въ оцѣнкѣ убѣжденій и требованій совѣсти; принужденіе къ исполненію требованій религіи каторгою, тюрьмою или штрафомъ унижаетъ прежде всего религію и ведетъ не только къ лицемѣрію, но и къ невѣрію. Уголовные законы могутъ и должны ограждать церковь, какъ общество вѣрующихъ, ограждать ея мирное, незыблемое существованіе; законъ можетъ преслѣдовать за оказаніе публичнаго неуваженія къ догматамъ и обрядамъ религіи, такъ какъ этимъ нарушаются интересы и права личностей, можетъ наказывать за нарушеніе благочинія въ церквахъ и молитвенныхъ домахъ, за препятствованіе свободному отправленію богослуженія, за другія посягательства на законы о вѣротерпимости; но во всѣхъ этихъ случаяхъ объектомъ будетъ не вѣра или религія, а или отдѣльный вѣрующій или церковь, какъ особая форма общенія гражданъ, признанная и охраняемая государствомъ. На томъ же основаніи должны исчезнуть изъ кодексовъ постановленія о наказуемости теоретическаго, научнаго разбора и оцѣнки господствующихъ міровоззрѣній, принциповъ и формъ государственной и общественной жизни; какъ бы безпощаденъ ни былъ этотъ разборъ, къ какимъ бы выводамъ ни приходилъ авторъ, если при этомъ нѣтъ ругательствъ и поношеній существующихъ установленій, нѣтъ пропаганды матеріальнаго насильственнаго ниспроверженія конкретно-существующихъ учрежденій или институтовъ, нѣтъ подстрекательствъ къ аграрнымъ преступленіямъ или къ соціальному и государственному террору и т. д., учинившій это не долженъ подлежать отвѣтственности.

Съ этой же точки зрѣнія долженъ быть рѣшенъ вопросъ о преступности посягательствъ, направленныхъ противъ умершаго, каковы, напр., осквернение его трупа, поношеніе его памяти, и т. д.; въ этихъ случаяхъ можно говорить только о посягательствахъ на интересы живыхъ родственниковъ покойника, напр., на ихъ честь, о посягательствахъ на общественную нравственность и т. д., но самъ умершій уже не входитъ, какъ объектъ, въ область преступныхъ дѣяній [2]).

марокъ или тюрьмою до 3-хъ мѣсяцевъ; жестокое обращеніе съ животными наказывается арестомъ или пенею до 1000 марокъ или тюрьмою до 2-хъ лѣтъ. Надо, впрочемъ, надѣяться, что защита комаровъ, блохъ, таракановъ, мышей и т. д. нескоро найдетъ законодательное признаніе.

[1]) Ср. Кистяковскій, § 141 и сл.; Спасовичъ, стр. 94.; Crusen, Der strafrechtliche Schutz der Pietät. 1890.

[2]) Иначе смотрѣло на это римское право. Изъ новыхъ законодательствъ, германское уложеніе знаетъ, какъ особое преступленіе, оклеветаніе памяти умершаго. Cramer, Die Behandlung des

117. Далѣе, норма права въ своемъ жизненномъ проявленіи, на которое непосредственно посягаетъ преступникъ, представляетъ, какъ мы видѣли, два оттѣнка: или она охраняетъ извѣстные интересы, существующіе въ государствѣ, какъ бы самостоятельно; или же она охраняетъ ихъ лишь какъ проявленіе правъ личности. Въ этой второй группѣ существеннымъ элементомъ понятія объ объектѣ преступнаго дѣянія является наличность субъективнаго права.

Обладателями этого права могутъ быть или лица физическія, или фиктивныя личности, причемъ таковыми почитаются не только юридическія лица, но и другія единенія, коихъ бытіе, а равно и область интересовъ, охраняемыхъ государствомъ, иногда только и распознается изъ нормъ карательныхъ; въ особенности часто встрѣчаются такіе примѣры въ группѣ посягательствъ на честь и доброе имя, на торговые интересы и т. п.

При этомъ, при современной конструкціи уголовнаго права, личность охраняется отъ преступныхъ посягательствъ независимо отъ возраста, т. е. начиная съ момента зачатія (при истребленіи плода) и кончая престарѣлостью, независимо отъ физическаго и психическаго развитія (уроды, нежизнеспособные, идіоты), отъ пола, состоянія, общественнаго и государственнаго положенія и т. д.

Нельзя, однако, не прибавить, что такое равенство охраны всѣхъ лицъ физическихъ въ кодексахъ появляется сравнительно недавно. До XVIII вѣка законодательство, а равно и доктрина, знали лицъ, не пользовавшихся покровительствомъ законовъ, такъ что посягательства на ихъ блага не признавались преступными [1]).

Къ этой группѣ относились, напр., уроды (monstra), какъ существа, не имѣющія человѣческой личности, а, слѣдовательно, и правъ,—благодаря чему, убійство ихъ, напр., по римскому праву и въ средневѣковой юриспруденціи, не признавалось преступнымъ [2]).

Далѣе, безправными признавались иногда лица, принадлежащія къ извѣстному племени; такъ, нерѣдко въ XV и XVI столѣтіяхъ объявлялись безправными евреи и цыгане; въ болѣе отдаленные періоды безправными считались рабы и притомъ или вообще или по отношенію къ ихъ господину [3]).

---

menschlichen Leichnahms im Civil und Strafrecht, 1885; Mittelstein, Mensch und Leichnahm, als Rechtsobject. Goltd. Archiv. XXXIV стр. 172 и сл.

1) Abegg, Revision der Lehre von den angeblichstraflosen Tödtungen, въ его Untersuhungen aus dem Gebiete der Strafrechtswissenschaft, 1840 г.; Feuerbach, § 34; Wächter, § 57; Кистяковскій, § 155; Binding , Handbuch; § 147; ср. у Makarevitz, Das Wesen des Verbrechens, примѣры безнаказанности убійства престарѣлыхъ, увѣчныхъ, больныхъ и слабыхъ новорожденныхъ дѣтей у древнихъ и современныхъ народовъ.

2) Еще въ концѣ XVIII вѣка общее прусское земское право разсматривало такое убійство, какъ полицейское нарушеніе. Изъ нѣмецкихъ теоретиковъ нынѣшняго столѣтія за такое положеніе высказывались: Фейербахъ, Грольманъ, Россгиртъ, Генке, Гефтеръ.

3) Такъ, относительно рабовъ Русская Правда постановляла: «а въ холопѣ и въ рабѣ виры нѣтъ» (Спис. Карамз. ст. 102), а уставная двинская грамота 1397 г. говорила: «а кто осподарь огрѣшится, ударитъ своего холопа или рабу, и случится смерть, въ томъ намѣстницы не судятъ, ни вины не емлятъ». Ср. А. Кистяковскій, Права, по которымъ судится малороссійскій народъ, глава XXX.

Особенно обширны были изъятія относительно лицъ, объявленныхъ по судебному приговору или безправными вообще, или лишенными какой либо категоріи правъ. Такъ, древне-римское право считало таковыми лицъ, приговоренныхъ къ sacratio capitis maxima, а въ періодъ императорскій—подлежащихъ проскрипціи: ихъ убійство не только не наказывалось, но награждалось уплатою двухъ талантовъ за голову; такой же характеръ имѣло въ германскомъ правѣ—первоначально Friedlosigkeit, а въ средніе вѣка—Oberacht. У насъ уложеніе 1649 г. признавало безнаказаннымъ убійство измѣнника (глава 2-я, ст. 15), а въ воинскомъ уставѣ Петра Великаго объ ошельмованныхъ хотя и говорилось, что если кто ошельмованнаго убьетъ, то яко убійца судиться будетъ, но другія насилія противъ его личности почитались не наказуемыми. Изъ нѣмецкихъ теоретиковъ начала XIX вѣка даже Фейербахъ признавалъ ненаказуемость убійства изгнанника, самовольно возвратившагося, а равно и приговореннаго къ смерти. Нынѣ всѣ эти ограниченія правоохраны отошли въ область исторіи [1]).

Наконецъ, къ лицамъ безправнымъ относили также иногда непріятелей, или, по крайней мѣрѣ, непріятельское войско. Но теперь и это положеніе, даже въ самомъ тѣсномъ его объемѣ, подвергается въ теоріи серьезнымъ возраженіямъ, а на практикѣ значительнымъ ограниченіямъ. Война за исключеніемъ народной, партизанской, представляется борьбою между вооруженными силами двухъ государствъ; поэтому, убійство въ непріятельской землѣ мирныхъ гражданъ, изнасилованіе, поджоги, даже захваты имущества, не вызываемые военными потребностями, почитаются преступными и влекутъ по военнымъ законамъ тяжкія наказанія.

Даже непріятельскій солдатъ является непріятелемъ, пока онъ составляетъ часть непріятельской вооруженной силы; поэтому убійство или изувѣченіе плѣнныхъ должно обсуждаться и наказываться по общимъ правиламъ.

Еще менѣе можно говорить нынѣ о безправности вообще иностранцевъ. Иностранецъ, переступившій наши предѣлы, пользуется такою же правоохраною, какъ и русскіе подданные. Мало того, даже иностранецъ, находящійся въ моментъ учиненія надъ его правами преступнаго дѣянія за границею, пользуется, въ извѣстномъ объемѣ, охраною нашихъ карательныхъ законовъ. Такъ: 1) можетъ быть наказуемо интеллектуальное участіе (подстрекательство и пособничество) лицъ, находящихся въ Россіи, въ преступномъ дѣяніи, учиненномъ за границею, а равно подготовительныя дѣйствія къ такимъ преступнымъ дѣяніямъ; 2) наказуемо посягательство на матеріальныя блага, напр., на имущество, находящееся въ Россіи и принадлежащее иностранцу, пребывающему за границею; наконецъ, 3) наказуемо посягательство, учиненное въ Россіи, на такъ называемыя идеальныя блага личности, пребывающей

---

1) Нельзя не указать, однако, что еще въ 1815 г. актомъ вѣнскаго конгресса былъ признанъ безправнымъ Наполеонъ I: les puissances déclarent, que Napoléon Buonaparte de s'est placé hors de rélations civiles et sociales, et que comme ennemie et perturbateur du répos du monde, il s'est livré à la vindicte publique. Въ 1844 г., по договору Франціи съ Марокко, хотя и въ ограниченномъ объемѣ, былъ объявленъ внѣ государственной охраны Abd-el-Kader.

за границею, для посягательства на которыя вовсе не требуется непосредственнаго соприкосновенія нападающаго и жертвы; таковы, напр., посягательства на честь и доброе имя, на права состоянія и т. д.; на этомъ основаніи наказуемы клевета и ругательство, учиненныя, напр., въ нашихъ газетахъ по отношенію къ лицамъ, проживающимъ за границею, подлоги въ актахъ состоянія такихъ лицъ и т. п., хотя, конечно, на практикѣ условія преслѣдованія и наказуемости дѣяній этого рода будутъ нѣсколько иными, чѣмъ посягательствъ на лицъ, пребывающихъ въ Россіи [1]).

Но само собою, однако, разумѣется, что во всѣхъ тѣхъ дѣяніяхъ, въ коихъ виновный, посягая на норму, посягаетъ и на субъективное право, это послѣднее должно существовать въ дѣйствительности. Если виновный предполагалъ, что онъ нарушаетъ чье либо субъективное право, а въ дѣйствительности такого права и не существовало, или не существовало тѣхъ спеціальныхъ условій, при наличности коихъ это право пользуется охраною нормъ, или наконецъ, существовали особенныя условія, хотя и неизвѣстныя для виновнаго, уничтожающія охрану субъективнаго права нормами, то дѣяніе будетъ мнимо-преступнымъ: брань или опозореніе въ печати какого либо лица, общества или учрежденія, будетъ дѣяніемъ непреступнымъ, какъ скоро окажется, что это лицо или общество въ дѣйствительности не существовали.

118. Анализируя далѣе ту группу преступныхъ посягательствъ, въ коихъ необходимымъ моментомъ объекта является нарушеніе субъективнаго права лица физическаго или фиктивнаго, мы встрѣчаемся съ весьма спорнымъ и важнымъ вопросомъ о значеніи согласія лица, чье субъективное право нарушаетъ виновный, на такое посягательство [2]).

---

1) Эти соображенія получили признаніе и Правительствующаго Сената въ рѣшеніи 1892 г. № 59 по дѣлу Іегера, въ которомъ между прочимъ выражено: понятіе объ иностранцѣ и его интересахъ, какъ о чемъ то враждебномъ или чуждомъ интересамъ страны, не находитъ болѣе выраженія въ современныхъ законахъ. Общность интересовъ промышленныхъ, торговыхъ, умственныхъ по необходимости побудила расширить область государственной охраны и подъ защиту карательныхъ законовъ поставить въ нѣкоторыхъ случаяхъ наравнѣ съ интересами туземцевъ и интересы иноземцевъ... Если всякій иностранецъ, переступившій предѣлы Россіи, обязанъ подчиняться нашимъ законамъ, то съ другой стороны съ этого же момента онъ пользуется охраною нашихъ законовъ и всякое посягательство, направленное противъ его личныхъ правъ, будетъ караться въ той же мѣрѣ и по тѣмъ-же постановленіямъ, какъ и посягательство на права русскихъ подданныхъ... Но дѣйствіе этихъ законовъ не устраняется и въ томъ случаѣ, когда лицо, на которое посягалъ виновный, во время учиненія преступнаго дѣянія не находилось въ Россіи, предполагая, разумѣется, такое учиненіе фактически возможнымъ. Никакихъ ограниченій въ семъ отношеніи Правительствующій Сенатъ не усматривалъ ни въ изложеніи, ни въ разумѣ нашихъ законовъ, и находилъ подтвержденіе такого взгляда, какъ въ постановленіяхъ уложенія объ отвѣтственности за посягательства на государственной строй иностранныхъ державъ (ст. 260 ул. изд. 1885 г.), такъ и въ охранѣ правъ россійскихъ подданныхъ, хотя бы и пребывающихъ за границею во время учиненія преступнаго дѣянія.

2) Ср. литературныя указанія въ моемъ курсѣ, I, № 178, прим. 182. Изъ приведенныхъ тамъ монографій особенно заслуживаютъ вниманія: Wessely, Ueber die Wirkung der Einwilligung des Verletzten auf den Thatbestand und die Strafbarkeit eines Delictes, въ Haimerl's österr. Viert.-schrift, I (1858), стр. 217; Wächter, Ueber den Satz: volenti non fit injuria въ G. 1868 г. Изъ позднѣйшихъ— статьи Oertmann, Verletzung, insbesondere Tödtung eines Einwilligenden въ Golt. Arch. 1877 г. стр. 134; 1878 г., стр. 195; и въ G. 1883 г., стр. 371; K. Kessler, Die Einwilligung des Verletzten

Разрѣшеніе его стоитъ въ доктринѣ въ прямой зависимости отъ воззрѣнія на существо преступныхъ дѣяній.

Такъ, школа Канта, видѣвшая въ преступномъ дѣяніи посягательство на субъективныя права, вторженіе въ сферу свободы другихъ, естественно считала отказъ обладателя права отъ этого права основаніемъ безнаказанности, игнорируя такимъ образомъ общественный моментъ преступности, составляющій его сущность. Болѣе, повидимому, устойчивости представляла другая попытка того же направленія [1]), подводившая разбираемые случаи подъ понятіе соучастія въ посягательствахъ на собственныя блага. Человѣкъ, нанесшій по просьбѣ другаго ударъ, является или орудіемъ или пособникомъ просившаго, а такъ какъ посягательство на собственныя блага не почитается преступнымъ, то и соучастіе въ немъ, говорила эта доктрина, въ какой бы ни было формѣ, не можетъ подлежать наказанію. Но сторонники этого воззрѣнія забывали, что между учиненіемъ преступнаго дѣянія по согласію и участіемъ въ посягательствѣ на собственныя блага есть только сходство, а не тождество [2]). Между лицомъ, доставшимъ для своего пріятеля веревку или ядъ, и между человѣкомъ, пристрѣлившимъ или зарѣзавшимъ другаго, хотя и по его о томъ просьбѣ, существуетъ различіе и объективное и субъективное, и теоретическое и практическое. Виновный по большей части является не только пособникомъ, но главнымъ дѣятелемъ, исполнителемъ. Посягательство на собственныя блага лежитъ внѣ сферы права, а всякое отношеніе, въ которое становится одно лицо къ другому, по поводу интересовъ личныхъ или вещныхъ, непремѣнно носитъ юридическій характеръ; кромѣ того, нельзя не замѣтить, что и участіе въ чьемъ либо посягательствѣ на собственную личность, напр., въ самоубійствѣ, можетъ, при извѣстныхъ условіяхъ, какъ это мы и видимъ во многихъ кодексахъ, быть наказуемымъ,—тѣмъ болѣе, слѣдовательно, это возможно въ случаяхъ посягательства на права съ согласія ихъ владѣльца.

Иначе, конечно, должна смотрѣть на вопросъ о согласіи та школа, которая видитъ сущность преступнаго дѣянія въ отпаденіи частной воли отъ общей. Проводя послѣдовательно это начало, пришлось бы отрицать всякое значеніе согласія пострадавшаго, такъ какъ это согласіе не можетъ уничтожить конфликта единичнаго съ цѣлымъ; но такое рѣшеніе вопроса приводитъ на практикѣ къ столь явно несостоятельнымъ положеніямъ, въ примѣненіи, напр., къ посягательствамъ на права имущественныя, на честь и т. д., что поэтому огромное большинство новѣйшихъ писателей этой школы, особенно нѣмецкихъ, выбрали средній путь, различая посягательства на права не отчуждаемыя и отчуждаемыя, и по отношенію къ послѣднимъ признавая ненаказуемость при согласіи пострадавшаго [3]).

---

in ihrer strafrechtlichen Bedeutung, 1884 г.; по поводу его работы статьи Roedenbeck и Ullmann, въ G. 1885 г.; подробно разобранъ этотъ вопросъ у Binding, Handbuch, §§ 148 и 149; разборъ теоріи Биндинга сдѣланъ Кесслеромъ въ G., 1886 г., стр. 561. Розинъ, Къ вопросу о согласіи пострадавшаго, Вѣст. пр. 1899.

1) Эту теорію защищалъ Stübel, позднѣе—Henke, а въ особенности подробно она развита у F. Hélie, III, № 1096, въ примѣненіи къ случаямъ убійства по согласію.

2) Подробныя доказательства этого приведены въ моемъ курсѣ, I, № 179.

3) При посягательствахъ же на права не отчуждаемыя, одни не придаютъ согласію никакого

Но эта попытка, къ которой примкнули нѣкоторые представители и субъективнаго направленія, создаетъ, по моему мнѣнію, много недоразумѣній: во-1-хъ, группировка благъ по только-что названнымъ категоріямъ представляется у отдѣльныхъ писателей крайне разнообразною, а потому и произвольною. Такъ, Гельшнеръ (§ 188) считаетъ неотчуждаемыми благами не только жизнь, свободу, душевно-тѣлесную неприкосновенность, но даже и честь, несмотря на ея производное значеніе; напротивъ того, Фейербахъ (въ послѣднихъ изданіяхъ своего учебника) причисляетъ къ неотчуждаемымъ правамъ только одну жизнь. Во-2-хъ, основанія, по которымъ извѣстныя права признаются неотчуждаемыми, оказываются весьма неопредѣленными. Кестлинъ (System, § 36) говоритъ, что неотчуждаемы субстанціальныя права личности, потому что всякое отчужденіе имѣетъ своимъ основаніемъ индивидуальную, а не абсолютную волю, а Гельшнеръ замѣчаетъ, что отчужденіе правъ, составляющихъ опредѣленіе существа человѣческой личности, противорѣчитъ нравственному назначенію человѣка, что такое отчужденіе безнравственно и въ силу того не можетъ имѣть никакихъ юридическихъ послѣдствій [1]). Въ-3-хъ, сторонникамъ этого взгляда приходится дѣлать рядъ изъятій и отступленій въ примѣненіи къ отдѣльнымъ преступнымъ дѣяніямъ, въ особенности къ посягательствамъ на честь и свободу.

Между тѣмъ, по моему мнѣнію, оставаясь даже на почвѣ объективнаго воззрѣнія, можно дать иное разрѣшеніе этому вопросу. Преступное дѣяніе есть посягательство на норму, но въ ея реальномъ бытіи; въ условіяхъ реальнаго бытія нормы, казалось бы, и нужно искать различія той роли, которую играетъ согласіе пострадавшаго по отношенію къ отвѣтственности.

Реальное бытіе нормы—это правоохраненный интересъ; но эта охрана, какъ было указано, можетъ относиться или къ самому интересу, къ защитѣ его отъ разрушенія, уничтоженія или измѣненія, или же охрана направляется на юридическое отношеніе лица къ такому интересу, на защиту возможности свободно владѣть, распоряжаться или пользоваться такимъ интересомъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ, эта защита можетъ выразиться или въ воспрещеніи того, что вредитъ этимъ интересамъ, или въ воспрещеніи дѣйствія или бездѣйствія, подвергающаго ихъ опасности, и притомъ иногда столь общей и отдаленной, что главнымъ признакомъ нарушенія становится непослушаніе лица требованіямъ компетентной власти, дѣйствіе вопреки или помимо ея воли.

Если посягательство направлено на интересъ, охраняемый непосредственно, согласіе на учиненіе такого дѣянія не можетъ имѣть, по общему

значенія, другіе же видятъ при его наличности въ преступныхъ дѣяніяхъ только нарушеніе полицейскихъ требованій. Ср. мой курсъ, I, № 179.

[1]) Насколько жизненна эта теорія безнравственности отчужденія личныхъ правъ, которую Hälschner поддерживаетъ и въ послѣднемъ своемъ трудѣ (§ 188), при современномъ экономическомъ строѣ общества, при современномъ положеніи пролетаріата—когда труду приходится отчуждать въ пользу капитала не только свое личное человѣческое достоинство, но только свободу, но и здоровье, за возможность не умереть съ голоду нѣкоторое время—очевидно каждому. Краснорѣчиво говоритъ о высокой степени низости души при отчужденіи правъ личности С. Баршевъ, стр. 27 и сл. Подробный разборъ теоріи различія благъ отчуждаемыхъ и неотчуждаемыхъ даетъ Herp, Ueber den Rechtssatz: volenti non fit injuria, въ Archiv, XI, стр. 76 и сл.; Luden, Abhandlungen, стр. 415 и сл.

правилу, никакого значенія; не можетъ быть и рѣчи о согласіи при богохуленіи, мятежѣ, поддѣлкѣ монетъ, лжеприсягѣ и т. д. Исключеніе въ этой группѣ составятъ только тѣ дѣянія, грозящія отдаленною опасностью интересамъ этого рода, гдѣ признакомъ преступности, входящимъ въ законный составъ дѣянія, является отсутствіе разрѣшенія или согласія компетентнаго органа власти; понятно, что въ случаяхъ этого рода наличность требуемаго закономъ согласія устраняетъ самое бытіе преступности.

Наоборотъ, если посягательство направлено на интересъ, по отношенію къ которому охраняется только право лица владѣть, распоряжаться и пользоваться этимъ интересомъ, то отказъ такого лица отъ охраненнаго нормою принадлежащаго ему права устранитъ, по общему правилу, преступность посягательства. Изъ этого положенія возможны практически только двоякаго рода исключенія: во-1-хъ, въ тѣхъ случаяхъ, когда обладателемъ такого интереса является лицо фиктивное, могущее проявлять свою волю путемъ представительства, когда, слѣдовательно, вопросъ о согласіи стоитъ въ зависимости отъ объема правъ, предоставленныхъ этому представителю по закону или по договору; во-2-хъ, въ тѣхъ случаяхъ, когда, по соображеніямъ культурнымъ, экономическимъ, иногда даже религіознымъ, государство прямо отрицаетъ значеніе согласія при извѣстныхъ, закономъ указанныхъ, преступныхъ дѣяніяхъ этой группы [1]).

Такимъ образомъ, практически рѣшеніе вопроса о значеніи согласія пострадавшаго можетъ быть дѣлаемо только при анализѣ состава отдѣльныхъ преступныхъ дѣяній, ихъ объекта и условій охраны сего объекта правовыми нормами [2]).

Останавливаясь спеціально на группѣ преступныхъ дѣяній, направленныхъ противъ интересовъ частныхъ, мы можемъ установить слѣдующія положенія.

Согласіе обладателя нарушеннаго интереса устраняетъ, прежде всего, преступность имущественныхъ посягательствъ, въ видѣ захвата имущества или его истребленія, такъ какъ передача, уступка имущества, хотя бы для его уничтоженія, составляетъ для его обладателя, по общему правилу, несомнѣнное право. Весь вопросъ сводится только къ точному установленію, принадлежитъ ли уступившему право на уступленный интересъ и въ какомъ объемѣ: съ согласія собственника дома, этотъ домъ можетъ быть разрушенъ до основанія, но онъ не можетъ быть сожженъ, какъ скоро вокругъ него находятся чужія строенія.

Такое же положеніе примѣняется и къ посягательствамъ на честь. Выраженіе презрѣнія къ личности другаго необходимо предполагаетъ унизитель-

---

1) Въ защиту этого взгляда на значеніе согласія высказался еще Mittermayer, въ примѣчаніяхъ къ Feuerbach's Lehrbuch, § 39; Wächter, Ortmann, Wessely. Къ тѣмъ же выводамъ пришелъ Кесслеръ, въ своей весьма обстоятельной монографіи о согласіи пострадавшаго, 1884 г.

2) По замѣчанію Биндинга (стр. 710), анализъ значенія согласія при отдѣльныхъ преступныхъ дѣяніяхъ указываетъ на троякую его роль. Оно служитъ основаніемъ безнаказанности, дѣлая самое посягательство или правомѣрнымъ, или юридически безразличнымъ; оно уничтожаетъ право частной жалобы или право частнаго возбужденія уголовнаго преслѣдованія; оно смягчаетъ наказуемость.

ность даннаго обхожденія въ глазахъ какъ оскорбителя, такъ и оскорбленнаго: обида не существуетъ, какъ скоро кто-нибудь находитъ обращенныя къ нему слова не оскорбленіемъ, а похвалою. Но если законъ преслѣдуетъ не унизительное обхожденіе само по себѣ, а нарушеніе права каждаго не допускать унизительнаго съ собою обхожденія, то, конечно, впередъ данное согласіе на такое обхожденіе дѣлаетъ обиду немыслимою. Человѣкъ, обругавшій кого либо или плюнувшій другому въ лицо, по убѣдительной о томъ просьбѣ обруганнаго или оплеваннаго, или, по крайней мѣрѣ, съ его на то уполномочія или согласія, не можетъ отвѣчать за обиду.

Рядомъ съ обидою должны быть поставлены посягательства на цѣломудріе. Эти преступныя дѣянія заключаютъ въ себѣ два элемента: публичный—нарушеніе установленнаго закономъ регулированія плотскихъ отношеній, и частный—посягательство на права личности. Въ первомъ отношеніи согласіе объекта полное и добровольное не можетъ имѣть никакого значенія, а во второмъ, оно уничтожаетъ преступность, такъ какъ законъ охраняетъ не цѣломудріе, какъ таковое, а право лица свободно распоряжаться собою, поэтому изнасилованіе съ согласія жертвы, конечно, немыслимо.

Такое же значеніе имѣетъ согласіе при посягательствѣ на свободное распоряженіе собою и своими дѣйствіями, такъ какъ и это благо не имѣетъ реальнаго, самостоятельнаго существованія; его бытіе выражается именно въ возможности пользоваться этимъ благомъ. Не можетъ считаться преступникомъ тотъ, кто заперъ другого въ комнатѣ по его просьбѣ или связалъ ему руки; не можетъ быть наказанъ за посягательство на свободу тотъ, кто обращается съ какимъ либо лицомъ, какъ съ рабомъ, если только на это было дано согласіе и въ условіяхъ дѣйствія нѣтъ нарушенія какихъ либо общественныхъ интересовъ. Существованіе извѣстнаго гражданскаго положенія о томъ, что недѣйствительны договоры, противные добрымъ нравамъ, и что, въ частности, недѣйствителенъ договоръ, въ силу коего одно лицо становилось бы рабомъ или крѣпостнымъ другаго, не противорѣчитъ установленному выше началу, такъ какъ это положеніе свидѣтельствуетъ только, что государство не допускаетъ права требовать осуществленія такого договора и даетъ право заключившему его не исполнить соглашенія; но отсюда нельзя вывести уголовной отвѣтственности лица, воспользовавшагося добровольнымъ осуществленіемъ такого договора со стороны обязавшагося, если, конечно, учиненное не составляетъ особо наказуемаго дѣянія, напр., участія въ работорговлѣ. На этомъ же основаніи добровольно загипнотизированный не можетъ жаловаться, что онъ былъ лишенъ психической свободы и сдѣлался послушнымъ орудіемъ, если, конечно, надъ нимъ, въ моментъ летаргіи или сомнамбулизма, не было совершено никакого другаго преступнаго дѣянія, на учиненіе коего онъ не далъ согласія.

Болѣе спорнымъ является вопросъ о посягательствахъ на тѣлесную неприкосновенность. Но даже и сторонники противоположнаго воззрѣнія не могутъ не признать, что согласіе уничтожаетъ отвѣтственность во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ главную роль играетъ не физическое страданіе, а нравственное, насиліе надъ личностью, нарушеніе личной неприкосновенности: нельзя допустить уголовной отвѣтственности лица, отодравшаго кого либо

за уши, или ударившаго по спинѣ, какъ скоро онъ сдѣлалъ это по просьбѣ или съ дозволенія пострадавшаго. Остаются, слѣдовательно, болѣе тяжкія поврежденія организма—увѣчье, разстройство здоровья. Но какъ установить въ этомъ случаѣ предѣлы дозволеннаго? Будетъ ли безнаказанно причиненіе кому либо, согласно съ его желаніемъ, пораненія, отрѣзаніе пальца и т. п.? Будетъ ли уголовно-отвѣтственъ врачъ за перелитіе крови здороваго человѣка больному, за привитіе кому либо, съ его на то согласія, въ видѣ опыта, заразительной болѣзни, даже если бы этотъ опытъ окончился неудачно для согласившагося? Ссылка защитниковъ противоположнаго воззрѣнія на то, что врачъ безнаказанъ въ подобныхъ случаяхъ только на томъ основаніи, что онъ дѣйствуетъ въ предѣлахъ своихъ обязанностей, не вполнѣ точна, такъ какъ въ примѣрахъ, выше приведенныхъ, рѣчь идетъ о причиненіи вреда не больному, при лѣченіи, а лицу здоровому, согласившемуся подвергнуться научнымъ опытамъ [1]).

Послѣднюю группу составляетъ лишеніе жизни. Посягательства на жизнь съ согласія убитаго во всѣхъ современныхъ законодательствахъ почитаются преступными, хотя основанія такого исключенія имѣютъ преимущественно историческій характеръ. При современныхъ условіяхъ государственнаго и соціальнаго строя принципъ охраненія жизни, независимо отъ права на ея неприкосновенность, представляется весьма неустойчивымъ, а послѣдователь-

---

1) Подробно изложены соображенія о ненаказуемости посягательствъ этого рода у Кесслера, стр. 71—79. Изъ нашихъ криминалистовъ А. Кистяковскій (§ 154) говоритъ, что «соизволеніе на членовредительство и на убійство не можетъ уничтожить виновности этихъ преступленій», но основаній своего мнѣнія не даетъ. Н. Сергѣевскій, Пособія, стр. 244, также находитъ, что «посягательство на жизнь и тяжкое неизлѣчимое тѣлесное поврежденіе могутъ разсматриваться какъ дѣянія, подлежащія наказанію, независимо отъ согласія или несогласія пострадавшаго, такъ какъ эти блага представляютъ сами по себѣ большую цѣнность для государства». Такимъ образомъ, охраняется государствомъ, независимо отъ воли обладателя, жизнь, а затѣмъ здоровье, но въ ограниченномъ объемѣ, причемъ предѣлъ этой охраны остается, какъ и у всѣхъ сторонниковъ этого взгляда, совершенно неопредѣленнымъ, несмотря на всю важность такого ограниченія, въ особенности, если имѣть въ виду, что тяжесть и неисцѣлимость поврежденія опредѣляются по послѣдствіямъ, а согласіе должно быть дано до причиненія поврежденія: кто либо попросилъ другаго срѣзать мозоль на ногѣ, а въ результатѣ оказалось необходимымъ ампутировать ногу,—можетъ ли срѣзавшій мозоль и причинившій своимъ порѣзомъ потерю ноги ссылаться въ свое оправданіе на просьбу пострадавшаго? Самыя основанія этихъ ограниченій, приведенныя г. Сергѣевскимъ, весьма шатки. Съ одной стороны, если жизнь и здоровье не могутъ быть отчуждаемы, потому что они имѣютъ большую цѣнность для государства, то, очевидно, государство должно наказывать и самоубійство, и самоизувѣченье, такъ какъ и въ этомъ случаѣ оно теряетъ цѣнное благо, а съ другой, остается недоказаннымъ, дѣйствительно ли жизнь всякаго гражданина, иногда составляющаго несомнѣнное бремя для себя, семьи и общества, представляетъ большую государственную цѣнность? По отношенію къ тѣлеснымъ поврежденіямъ нельзя, сверхъ того, не прибавить, что жизнь представляетъ немного случаевъ, когда бы люди, безъ достаточныхъ основаній, жертвовали своими глазами, носами и т. п.; боль и страданія служатъ въ этомъ отношеніи лучшею гарантіею этихъ благъ. Еще неудачнѣе приведенный далѣе г. Сергѣевскимъ перечень тѣхъ преступныхъ дѣяній, при коихъ вопросъ о согласіи не можетъ и возбуждаться, такъ какъ здѣсь, рядомъ съ политическими и религіозными преступленіями, съ посягательствами на лицъ недѣеспособныхъ, поставлены почему то изнасилованіе и преступныя дѣянія противъ свободы, гдѣ, конечно, отсутствіе согласія составляетъ существенное условіе состава. Мнѣніе, высказанное въ текстѣ, изъ нашихъ криминалистовъ раздѣляютъ: Н. Неклюдовъ, конспектъ, § 17, и, повидимому, В. Спасовичъ, стр. 101.

ное проведеніе его—даже невозможнымъ. Можно смотрѣть на отказъ отъ права на жизнь, какъ на дѣяніе грѣховное, безнравственное, подобно тому, какъ смотрятъ и на самоубійство; но трудно отыскать твердыя основанія для признанія юридической ничтожности подобной уступки, а вмѣстѣ съ тѣмъ и для наказуемости убійства по согласію, въ особенности по просьбѣ или требованію убитаго. Идя послѣдовательно, государство должно было бы запретить всѣ тѣ занятія, въ которыхъ человѣкъ изъ-за насущнаго хлѣба подвергается вѣроятной опасности потерять свою жизнь, и притомъ въ срокъ, весьма непродолжительный. Другое дѣло, если такимъ отчужденіемъ права на жизнь нарушаются какіе либо полицейскіе интересы или чрезъ это проявляется вредный общественный предразсудокъ; въ этомъ случаѣ, конечно, возможно допустить наказуемость не только убійства по согласію, но даже и убійства по настоятельному требованію убитаго [1]).

Но даже и въ тѣхъ случаяхъ, когда, по какимъ либо соображеніямъ, учиненіе преступнаго дѣянія, напр., убійства по согласію, признается по закону наказуемымъ, это согласіе, тѣмъ не менѣе, должно вліять на уменьшеніе отвѣтственности. Нельзя поставить на одну доску съ убійцею изъ корысти или мести солдата, заколовшаго на полѣ битвы своего смертельно раненаго товарища, по его просьбѣ, чтобы избавить его отъ дальнѣйшихъ мученій, доктора, прекратившаго мучительную агонію умирающаго и т. п.

Въ законодательствахъ вопросъ о значеніи согласія пострадавшаго ставится весьма различно. Изъ нѣмецкихъ кодексовъ прошлаго столѣтія [2]) особыя постановленія по этому предмету содержали только кодексы баварскій 1813 г. и австрійскій 1852 г. [3]); прочіе партикулярные кодексы, не касаясь вопроса о значеніи согласія въ общей части, упоминали только объ убійствѣ по согласію, а кодексы прусскій 1851 г. и баварскій 1861 г. исключили и эти постановленія, причемъ практика прусская (рѣшеніе берлинскаго оберъ-трибунала 18 Апрѣля 1853 г. и 21 Мая 1860 г.), вызвавшая, впрочемъ, единодушное порицаніе германскихъ криминалистовъ, разъяснила такое опущеніе въ смыслѣ приравненія убійства по согласію къ обыкновенному убійству. Кодексъ германскій содержитъ особое постановленіе только объ убійствѣ, вызванномъ прямымъ и настойчивымъ требованіемъ убитаго (§ 216), назначая въ этихъ случаяхъ значительно уменьшенное наказаніе—тюрьму отъ 3—5 лѣтъ, но совершенно умалчиваетъ о значеніи согласія при другихъ дѣяніяхъ, что вызвало значительное разногласіе въ практикѣ и литературѣ, особенно въ примѣненіи къ тѣлеснымъ поврежденіямъ [4]). Кодексы венгерскій (§ 282) и голландскій (§ 293), а равно проекты швей-

---

1) Ср. также соображенія въ защиту ненаказуемости убійства по согласію у Кесслера, ст. 79—87 и у Ullmann въ G. 1885 г.

2) Ср. обзоръ нѣмецкихъ кодексовъ въ статьѣ Вехтера въ G. за 1868 г.; также Köstlin, System, стр. 104; Wessely, стр. 226; спеціально по вопросу объ убійствѣ по согласію много данныхъ собрано въ статьѣ Миттермайера въ архивѣ Гольтдаммера, IX, стр. 438.

3) § 4, на основаніи котораго согласіе потерпѣвшаго уничтожаетъ наказуемость только при тѣхъ преступныхъ дѣяніяхъ, при которыхъ отсутствіе согласія входитъ въ самый его законный составъ.

4) Такъ Ortmann, въ архивѣ Goltdammer, 1877 г., стр. 119, разъясняетъ это въ томъ смыслѣ, что при всѣхъ другихъ преступленіяхъ и въ частности при тѣлесныхъ поврежденіяхъ согласіе уничтожаетъ наказуемость; такое же толкованіе относительно тѣлесныхъ поврежденій даютъ: Кесслеръ, Вехтеръ, Шварце; но Hälschner, Strafrecht, находитъ, наоборотъ, что согласіе остается безъ всякаго вліянія при тѣлесныхъ поврежденіяхъ, хотя самъ же прибавляетъ, что такимъ образомъ убійство по согласію будетъ наказываться снисходительнѣе, напр. увѣчья, учиненнаго при тѣхъ же условіяхъ;

царскій и норвежскій [1]), также содержатъ особыя постановленія объ убійствѣ по согласію, а кодексы французскій, бельгійскій и итальянскій не упоминаютъ о согласіи и въ группѣ посягательствъ на жизнь, причемъ французскій кассаціонный судъ [2]) объяснилъ это умолчаніе въ томъ смыслѣ, что лицо, посягающее на жизнь, хотя бы и по согласію жертвы, дѣйствуетъ съ явнымъ намѣреніемъ на убійство и его дѣяніе содержитъ всѣ элементы, необходимые для законнаго состава meurtre или assassinat; такъ что согласіе пострадавшаго по доктринѣ кассаціоннаго суда не можетъ быть признано ни за fait justificatif, ни даже за excuse légale.

Наше уложеніе 1845 г. не содержало ни въ общей, ни въ особенной части никакихъ спеціальныхъ постановленій о вліяніи согласія на отвѣтственность, равнымъ образомъ не упоминается о немъ и въ общей части дѣйствующаго уложенія [3]), но въ главу о посягательствахъ на жизнь включено особое постановленіе (ст. 455) объ уменьшенной отвѣтственности за убійство, учиненное по настоянію убитаго и изъ состраданія къ нему. [4]).

При этомъ въ объяснительной запискѣ сдѣланы слѣдующія указанія: «хотя общая часть и не упоминаетъ о согласіи пострадавшаго, какъ о причинѣ, уничтожающей преступность извѣстныхъ дѣяній, тѣмъ не менѣе таковая непреступность должна быть признаваема, какъ общее правило, при всѣхъ преступныхъ дѣяніяхъ, направленныхъ противъ правъ частныхъ лицъ, какъ имущественныхъ, такъ и личныхъ, если самъ законъ не установитъ изъятія... такія изъятія могутъ быть установляемы тремя способами: а) или прямымъ указаніемъ закона о томъ, что къ данному преступному дѣянію не примѣняются общія правила о вліяніи согласія пострадавшаго; б) или признаніемъ наказуемости посягательства на извѣстный частный интересъ даже со стороны его владѣльца, напр., при поджогѣ собственнаго имущества или при растратѣ заарестованнаго имущества; в) или установленіемъ безнаказанности или меньшей наказуемости нѣкоторыхъ наиболѣе выдающихся случаевъ посягательства на данное благо по согласію жертвы, чѣмъ, понятно, установляется не примѣненіе ко всѣмъ прочимъ случаямъ этого рода обыкновенной наказуемости».

такое же толкованіе даютъ Oppenhof, Geyer, H. Meyer. Reichsgericht въ своемъ рѣшеніи 15 Ноября 1880 г. (Entsch. II, № 182) и 22 Февраля 1882 г. высказалъ такое положеніе, что тѣлесная неприкосновенность и здоровье суть блага не отчуждаемыя, а потому въ этихъ случаяхъ согласіе пострадавшаго не имѣетъ никакого значенія для отвѣтственности. Подробный разборъ и указаніе несостоятельности этого толкованія даетъ Binding, Handbuch, стр. 722 и сл.

1) Проектъ норвежскаго уложенія признаетъ наказуемымъ и причиненіе тяжкаго тѣлеснаго поврежденія съ согласія потерпѣвшаго.

2) Рѣшенія: 16 Ноября 1827 г.; 23 Іюня 1838 г.; 17 Іюля 1851 г.—Ср. Blanche, II, № 46; въ защиту практики кассаціоннаго суда Lainé, № 230; Bertauld; Garraud, № 240, также полагаетъ, что согласіе жертвы не имѣетъ значенія ни при убійствѣ, ни при тѣлесныхъ поврежденіяхъ, а вліяетъ только въ тѣхъ случаяхъ, когда отсутствіе согласія является условіемъ состава преступленія. Сильныя возраженія противъ практики французскаго кассаціоннаго суда дѣлаетъ F. Hélie, Théorie, III, № 1095.

3) Хотя, въ виду тѣхъ недоразумѣній, которыя возбуждаетъ этотъ вопросъ въ практикѣ французской и нѣмецкой, было бы, казалось, выгоднѣе дать и по этому вопросу въ законѣ общее правило.

4) Ср. также ст. 188 объ отвѣтственности за членовредительство лицъ, подлежащихъ отбыванію воинской повинности или состоящихъ на воинской службѣ, хотя и съ ихъ на то согласія.

119. Конечно, придавая такую значительную роль согласію пострадавшаго, я предполагаю, что это согласіе будетъ заключать въ себѣ извѣстныя опредѣленныя условія.

А. Согласіе должно быть результатомъ сознательной рѣшимости; поэтому согласившійся долженъ быть дѣеспособнымъ субъектомъ. Уступка какого либо права, сдѣланная умалишеннымъ, ребенкомъ, конечно, не имѣетъ никакого значенія. Дѣеспособность согласившагося установляется сообразно съ обстоятельствами отдѣльнаго случая, или же отсутствіе ея иногда предполагается закономъ; такъ, напр., при плотскихъ преступленіяхъ законъ считаетъ недѣйствительнымъ согласіе дѣвушки моложе 14 лѣтъ. Въ тѣхъ случаяхъ, когда недѣеспособный имѣетъ представителя, согласіе, имѣющее юридическое значеніе, можетъ исходить и отъ послѣдняго, но только, конечно, въ тѣхъ предѣлахъ, въ которыхъ законъ предоставляетъ ему замѣнять волю недѣеспособнаго; таковы, напр., случаи передачи правъ дисциплинарной власти воспитателю, и т. д.

Дѣеспособность должна существовать объективно. Одного предположенія дѣеспособности со стороны виновнаго недостаточно. Если виновный взялъ вещь съ разрѣшенія ея хозяина, вовсе и не подозрѣвая, что хозяинъ умалишенный, или имѣлъ связь съ дѣвушкой при такихъ обстоятельствахъ, что не могъ и думать, что она не достигла 14 лѣтъ, то виновность его должна обсуждаться сообразно съ ученіемъ о вліяніи ошибки и заблужденія, но о согласіи, какъ о причинѣ, уничтожающей преступность дѣянія, не можетъ быть рѣчи.

Б. Точно также согласіе теряетъ всякую силу, какъ скоро оно было вынуждено или получено обманомъ. Отнятіе вещи остается грабежомъ или разбоемъ, хотя бы виновный не самъ взялъ вещь, а заставилъ хозяина отдать ее себѣ. Но такое вынужденное согласіе должно быть отличаемо отъ согласія выпрошеннаго. Для дѣйствительности уступки безразлично, дано ли было согласіе по собственной иниціативѣ владѣльца права, или оно было послѣдствіемъ убѣжденія третьихъ лицъ, или было выпрошено самимъ обвиняемымъ; такъ же безразличны и мотивы, коими руководился какъ давшій согласіе, такъ и получившій его. Мало того, для непреступности дѣянія иногда вполнѣ достаточно, чтобы пострадавшій индифферентно относился къ утратѣ отнимаемаго блага, не заявлялъ о томъ, что такое дѣйствіе противорѣчитъ его волѣ.

В. Согласившійся долженъ дѣйствительно имѣть право на распоряженіе или на уступку того блага или права, отъ котораго онъ отказался; поэтому, согласіе теряетъ всякую силу, если уступающій только симулировалъ право на вещь и уступилъ, напр., чужую вещь подъ видомъ своей, или если онъ, обладая дѣйствительно этимъ правомъ, не могъ распорядиться имъ въ данномъ случаѣ или въ данной формѣ, когда, напр., законъ считаетъ преступнымъ посягательство на данное благо даже со стороны его владѣльца. Такимъ образомъ, наказуемъ поджогъ дома въ селеніи или въ городѣ, хотя бы учиненный съ согласія его собственника; наказуемо истребленіе плода, хотя бы учиненное съ согласія беременной; наказуема растрата заарестованнаго имущества съ согласія его собственника и т. д.

*

Г. По тѣмъ же соображеніямъ, въ тѣхъ случаяхъ, когда посягательство на частное право заключаетъ въ себѣ нарушеніе интересовъ общественныхъ и государственныхъ, согласіе уничтожаетъ преступность дѣянія только какъ нарушенія частныхъ правъ, но не имѣетъ никакого значенія для его общественнаго и государственнаго моментовъ. Брань, съ согласія на таковую обруганнаго, не составляетъ преступной обиды, но обругавшій можетъ быть привлеченъ къ отвѣтственности за нарушеніе тишины и спокойствія, какъ скоро въ учиненномъ имъ дѣяніи находятся необходимые для того элементы. Блудъ, по взаимному согласію дѣеспособныхъ лицъ, не устраняетъ возможности отвѣтственности ихъ за нарушеніе общественной нравственности, какъ скоро онъ былъ совершенъ, напр., въ публичномъ мѣстѣ. На этомъ же основаніи наказуемо изувѣченіе кого-либо ради освобожденія отъ воинской повинности: оскопленіе изъ религіозныхъ побужденій, хотя бы съ согласія оскопленнаго, дуэль, и при томъ даже въ тѣхъ законодательствахъ, которыя не признаютъ преступнымъ убійство по согласію, такъ какъ государство можетъ преслѣдовать дуэль, какъ проявленіе предразсудка, вреднаго для общественнаго порядка [1]).

Д. Наличность согласія должна быть доказана, но при этомъ вовсе не требуется, чтобы согласіе было прямо выражено пострадавшимъ, такъ какъ часто вполнѣ достаточно согласія молчаливаго, подразумѣваемаго или заявленнаго конклюдентными дѣйствіями, когда, напр., бытіе согласія установляется по обстоятельствамъ дѣла и по тѣмъ отношеніямъ, въ которыхъ находился обвиняемый къ пострадавшему во время учиненія дѣянія. Особенно часто можетъ встрѣтиться ссылка на подразумѣваемое согласіе при имущественныхъ посягательствахъ, когда обвиняемый доказываетъ, что онъ поступалъ добросовѣстно, имѣя полное основаніе разсчитывать, что владѣлецъ вещи дастъ свое согласіе; въ подобныхъ случаяхъ нельзя забывать, что рѣчь идетъ не о гражданскихъ послѣдствіяхъ дѣянія, а объ уголовной отвѣтственности совершившаго.

Е. Согласіе во всякомъ случаѣ должно опредѣлить самое дѣйствіе виновнаго, т. е. должно быть дано или прежде, или во время совершенія дѣянія; поэтому согласіе необходимо отличать отъ прощенія, обусловливающаго прекращеніе дѣла при преступныхъ дѣяніяхъ, преслѣдуемыхъ въ порядкѣ частнаго обвиненія. Этимъ объясняется то обстоятельство, что въ кодексахъ существуютъ иногда такія преступныя дѣянія, какъ, напр., имущественные захваты, при которыхъ согласіе владѣльца права уничтожаетъ преступность взятія вещи, но прощеніе, данное послѣ учиненія преступнаго дѣянія, не имѣетъ никакого процессуальнаго значенія.

Ж. Согласіе должно имѣть опредѣленный характеръ, т. е. должно относиться къ опредѣленному времени и дѣйствію; но при этомъ безразлично, было ли оно безусловное или условное. Поэтому согласіе на лишеніе жизни, данное подъ условіемъ самоубійства получившаго согласіе, не теряетъ своего

---

[1]) Любопытные случаи этого рода представляютъ: ложное обвиненіе кого-либо въ преступленіи сдѣланное съ согласія обвиненнаго, напр., съ цѣлью отсрочить отправку его на каторгу, принятіе чужаго имени съ согласія его владѣльца, употребленіе чужаго паспорта, при тѣхъ же условіяхъ.

значенія. Но согласіе, взятое обратно, теряетъ свою силу, все равно, предшествовалъ ли такой отказъ приступу къ дѣйствію или послѣдовалъ послѣ таковаго, но прежде чѣмъ дѣяніе было совершено; если лицо, запертое по его волѣ, потребуетъ затѣмъ своего освобожденія, то дальнѣйшее его задержаніе становится противозаконнымъ.

120. Преступное дѣяніе для своего выполненія требуетъ, за весьма немногими исключеніями, существованія какого либо конкретнаго интереса, матеріальнаго или идеальнаго, въ коемъ проявляется субъективное право или который непосредственно охраняется нормою. Матеріальный интересъ обыкновенно совпадаетъ съ тѣмъ предметомъ, къ которому прилагаются непосредственно дѣйствія преступника: здоровье, какъ правоохраненный интересъ, совпадаетъ съ глазомъ, выбитымъ или поврежденнымъ, съ выбитымъ зубомъ, переломанными ребрами; но интересы идеальные могутъ разнствовать съ тѣми предметами, на которые направляются дѣйствія виновнаго и безъ поврежденія или измѣненія которыхъ не можетъ быть и посягательства на интересъ, таковъ, напр., случай увоза дѣвицы для вступленія съ нею въ бракъ безъ согласія родителей и нарушаемый этимъ правоохраненный интересъ извѣстнаго проявленія родительской власти. Правоохраненный интересъ и есть реальный объектъ преступнаго дѣянія, безъ котораго немыслимо самое его бытіе; поэтому посягательство, направленное на несуществующій въ дѣйствительности интересъ, будетъ мнимо-преступнымъ, а посягательство на интересъ, лишенный правоохраны, будетъ дѣяніемъ непреступнымъ.

При этомъ, такъ какъ правоохраненный интересъ совмѣщаетъ въ себѣ и фактическую и юридическую стороны, то онъ, какъ объектъ преступнаго посягательства, можетъ не существовать или тѣлесно, физически, или юридически: можно совершить кражу только реально существующаго предмета и притомъ принадлежащаго не похитителю, а какому либо другому лицу; тайное взятіе собственной вещи, которую взявшій считалъ чужою, будетъ мнимымъ проступкомъ.

Вопросъ о мнимыхъ посягательствахъ этого рода будетъ изложенъ въ ученіи о покушеніи надъ негоднымъ объектомъ, гдѣ онъ будетъ разсмотрѣнъ подробнѣе.

Дѣйствующее право содержитъ особую статью, по коей не почитается преступнымъ дѣяніе, направленное на предметъ не существующій или безусловно негодный для учиненія того рода преступнаго дѣянія, которое виновнымъ задумано. При этомъ, какъ вытекаетъ изъ текста статьи и какъ указано въ объяснительной запискѣ, подъ дѣйствіе этого постановленія должны быть подводимы и посягательства на мнимо существующія нормы, или на мнимо существующее субъективное право и, наконецъ, посягательство на блага или интересы, конкретно не существующіе, или не заключающіе въ себѣ тѣхъ условій, благодаря коимъ они пользуются юридическою охраною.

Далѣе, какъ жизнь, такъ и законъ, свидѣтельствуютъ намъ, что существуютъ условія, при которыхъ посягательство и на дѣйствительно существующій, юридически охраненный интересъ утрачиваетъ, по разнымъ осно-

ваніямъ, преступный характеръ, такъ что мы не найдемъ ни одного приказа или запрета, коего нарушенія всегда и при всѣхъ условіяхъ считались бы преступными; мало того, самое отношеніе между правиломъ—охраною даннаго интереса и исключеніемъ—его беззащитностью, видоизмѣняется въ исторіи и исключенія достигаютъ иногда такихъ размѣровъ, что бываетъ трудно опредѣлить, что составляетъ общее правило и что—исключеніе.

Если мы возьмемъ, напр., наивысшую изъ заповѣдей по отношенію къ другимъ людямъ—не убей, и спросимъ: всякое ли даже умышленное лишеніе жизни считается преступленіемъ, то отвѣтъ получится несомнѣнно отрицательный. Не говоря уже о массѣ человѣческихъ жертвъ, приносимыхъ въ любомъ сраженіи [1]), мы и въ мирное время встрѣчаемся съ значительнымъ числомъ случаевъ такого же непреступнаго лишенія жизни, напр., при необходимой оборонѣ, при крайней необходимости, при исполненіи приговора, присудившаго кого либо къ смертной казни и т. д.; а обращаясь къ прошлому, мы найдемъ, что число случаевъ такого дозволеннаго убійства, напр., въ періодъ господства частной мести, было еще значительнѣе.

Эти условія, устраняющія уголовную охрану интереса и дѣлающія безнаказанными всѣхъ лицъ, участвующихъ въ посягательствахъ на него, могутъ быть названы уничтожающими преступность дѣянія, въ отличіе отъ разобранныхъ выше причинъ, устраняющихъ вмѣняемость.

Одни изъ этихъ условій относятся къ отдѣльнымъ преступнымъ дѣяніямъ, а потому и подлежатъ разбору только при разсмотрѣніи этихъ дѣяній,—таковы, напр., по нашему праву взаимность при обидахъ, донесеніе о соучастникахъ при поддѣлкѣ монеты, и т. п.; другія же могутъ встрѣчаться при различныхъ преступныхъ дѣяніяхъ и подлежатъ разсмотрѣнію въ общей части.

Эти условія могутъ быть сведены къ слѣдующимъ категоріямъ: а) исполненіе закона; б) исполненіе приказа; в) дозволеніе власти; г) осуществленіе дисциплинарной власти; д) осуществленіе профессіональныхъ обязанностей; е) осуществленіе частнаго права; ж) необходимая оборона и з) крайняя необходимость.

121. *Исполненіе закона.* Крайне разнообразными представляются случаи, въ которыхъ отдѣльному лицу, въ интересахъ государства, общества или другихъ согражданъ, приходится отказаться отъ своихъ правъ или интересовъ или, по крайней мѣрѣ, ограничить объемъ пользованія ими. Иногда такой отказъ является проявленіемъ воли владѣльца права, но иногда подобная уступка считается настолько необходимою, что она осуществляется не только помимо, но и противъ воли обладателя права. Всякое субъективное право неминуемо имѣетъ условный, ограниченный характеръ и притомъ безотносительно къ объему и значенію этого права: возможность ограниченія

---

1) Binding, Normen, I, стр. 129, замѣчаетъ, что число убитыхъ во франко-прусскую войну, конечно, превзойдетъ сумму преступныхъ убійствъ за нѣсколько десятковъ лѣтъ у всѣхъ цивилизованныхъ народовъ.

или даже уничтоженія права ради высшихъ интересовъ другаго лица или, еще чаще, общества, одинаково существуетъ какъ по отношенію къ высшему праву на жизнь, такъ и по отношенію къ низшимъ имущественнымъ правамъ. Очевидно, что если ограниченіе чьего либо права признается по закону необходимымъ, то и самое осуществленіе этой необходимости не можетъ почитаться преступнымъ [1]).

Непреступность дѣяній, учиненныхъ въ силу требованія закона, по большей части такъ очевидна, что этотъ вопросъ не возбуждаетъ сомнѣній ни въ теоріи, ни на практикѣ. Нужно ли доказывать, что смотритель тюрьмы не отвѣчаетъ за лишеніе свободы арестанта, палачъ—за исполненіе смертнаго приговора? Законодатель, установляя охрану какого либо интереса, можетъ опредѣлить и предѣлы этой охраны.

Уголовный кодексъ можетъ содержать только общее правило о томъ, что поступки, совершенные во исполненіе закона, не наказуемы, установленіе же отдѣльныхъ случаевъ, когда дозволяется или требуется нарушеніе чьихъ либо правъ, можетъ имѣть мѣсто и въ спеціальныхъ уставахъ, какъ, напр., въ карантинномъ, лѣсномъ, таможенномъ и т. д.

Ссылка на исполненіе закона можетъ имѣть значеніе обстоятельства, устраняющаго преступность, только при наличности опредѣленныхъ условій.

А. Обвиняемый долженъ доказать, что онъ былъ уполномоченъ къ выполненію даннаго дѣйствія, причемъ его компетентность опредѣляется не степенью власти, а кругомъ вѣдомства: могутъ встрѣтиться такія условія, когда дѣяніе, на исполненіе коего законно уполномоченъ, напр., низшій полицейскій органъ, будетъ составлять превышеніе власти по отношенію къ министру внутреннихъ дѣлъ. Внѣ этого уполномочія, дѣяніе должно быть признано преступнымъ, какими бы соображеніями общественной или государственной пользы оно ни оправдывалось [2]). Это условіе не теряетъ своего значенія и тогда, когда исполнителемъ закона является не должностное, а частное лицо; въ этомъ случаѣ необходимо доказать уполномочіе его закономъ на выполненіе подобныхъ дѣйствій.

Б. Обвиняемый долженъ соблюсти тѣ формы дѣятельности, которыя по закону считаются необходимыми условіями ея правомѣрности. Въ этомъ отношеніи нельзя не замѣтить, что значеніе этихъ формальныхъ гарантій, охраняющихъ неприкосновенность правъ отдѣльныхъ гражданъ, стоитъ въ прямомъ соотношеніи съ государственнымъ строемъ и культурнымъ разви-

---

1) Для безотвѣтственности безразличенъ характеръ исполняемаго закона. Законъ можетъ оскорблять нравственное чувство интеллигентной части общества, можетъ быть положительно вреденъ общественнымъ интересамъ, такъ что борьба противъ него является актомъ гражданскаго мужества, но и тогда исполненіе такого закона, какъ скоро онъ сохраняетъ обязательную силу, освобождаетъ исполнившаго отъ всякой отвѣтственности, такъ какъ законъ не можетъ противорѣчить самому себѣ. Ср. Ortolan, № 483.

2) Въ нѣкоторыхъ законодательствахъ, какъ, напр., въ нашемъ уложеніи 1845 г. (ст. 340), допускалось исключеніе для чрезвычайныхъ обстоятельствъ, когда дѣйствующій возьметъ принятіе такой чрезвычайной мѣры на свою отвѣтственность и потомъ докажетъ, что эта мѣра была дѣйствительно необходима въ видахъ государственной пользы, или что онъ не могъ, безъ видимой опасности или вреда для службы, отложить принятіе сей мѣры до высшаго на то разрѣшенія.

тіемъ страны: чѣмъ болѣе придается значенія гражданской свободѣ и личной неприкосновенности, чѣмъ точнѣе опредѣлены права и обязанности органовъ власти, тѣмъ болѣе значенія пріобрѣтаетъ соблюденіе этихъ формальностей при опредѣленіи законности и незаконности дѣйствій органовъ власти.

В. Наконецъ, для непреступности вторженія въ сферу частныхъ правъ необходимо, чтобы обвиняемый доказалъ, что въ данномъ случаѣ существовало фактическое основаніе для его дѣятельности, или что онъ могъ предполагать его существованіе. Мы не можемъ себѣ представить, чтобы государство предоставляло своему органу право вторгаться въ сферу благъ и интересовъ частныхъ лицъ безгранично, исключительно по его личному усмотрѣнію. Если законъ даетъ органу наружной полиціи право заарестованія гражданъ, то онъ съ опредѣлительностью долженъ указать и случаи, при которыхъ этотъ органъ можетъ воспользоваться этимъ правомъ: городовой можетъ оправдываться тѣмъ, что лицо, имъ задержанное, было пьяно, буянило или ругалось; но можетъ ли онъ сослаться на то, что ему не понравилась физіономія заарестованнаго, показалась ему подозрительною и т. п.? Въ нѣкоторыхъ кодексахъ, какъ, напр., во французскомъ (ст. 327) и бельгійскомъ (ст. 70), ставится еще условіемъ непреступности исполненія закона наличность приказа или распоряженія компетентной власти [1]). Иногда безъ такого условія мы не можемъ оправдать вторженія въ права: солдаты, начавшіе стрѣлять въ мятежную толпу безъ приказанія офицера, совершаютъ, очевидно, противозаконный поступокъ. Тѣмъ не менѣе этому условію нельзя придать общаго значенія, такъ какъ при этомъ всегда предполагается осуществленіе закона нѣсколькими лицами, находящимися въ іерархическомъ соподчиненіи; но такое условіе теряетъ силу, какъ скоро исполнителемъ закона является единичное лицо.

Сводъ законовъ не содержалъ по данному предмету никакихъ постановленій, а уложеніе 1845 г. говорило объ этомъ условіи только при нѣкоторыхъ преступленіяхъ, напр., при убійствѣ (ст. 1471), при посягательствахъ на здоровье (ст. 1495) и отчасти при лишеніи свободы (ст. 1540), но умалчивало, напр., при имущественныхъ посягательствахъ, при этомъ и при отдѣльныхъ преступныхъ дѣяніяхъ уложеніе брало на себя трудную задачу перечислять всѣ случаи непреступности въ силу исполненія закона, отчего и эти отдѣльныя статьи страдали неполнотою; самыя условія, при которыхъ исполненіе закона почитается непреступнымъ, иногда указывались въ уложеніи, а иногда оно отсылало къ другимъ спеціальнымъ уставамъ; дѣйствующее же уложеніе въ ст. 44 довольствуется общимъ положеніемъ: не почитается преступнымъ дѣяніе, учиненное во исполненіе закона.

122. *Обязательный приказъ* [2]). Какъ было указано, иногда необходимымъ условіемъ законности вторженія въ сферу правъ частныхъ лицъ

---

1) Кодексъ итальянскій, напротивъ того, говоритъ (§ 49) отдѣльно объ исполненіи закона и о приказахъ компетентной власти, причемъ законъ прибавляетъ, что если учиненное по приказу дѣяніе преступно, то назначенному за таковое наказанію подвергается приказавшій.

2) Спасовичъ, стр. 102; Кистяковскій, §§ 233—237; Куплеваскій, О предѣлахъ повиновенія

является наличность надлежащаго приказа; но какое значеніе для отвѣтственности имѣетъ приказъ, отдѣльно взятый? Отвѣчаетъ ли лицо, исполнившее беззаконный приказъ законнаго своего начальника, или же за исполненіе беззаконнаго приказа отвѣчаетъ только приказавшій?

Для отвѣта на это надо обратиться къ юридическому существу приказа. Съ одной стороны, несомнѣнно, что могутъ быть случаи, когда единственнымъ оправданіемъ обвиняемаго служитъ данный ему приказъ. Доктрина [1]), утверждающая, что исполненіе приказа ни въ какомъ случаѣ не можетъ освобождать отъ отвѣтственности, основана на очевидномъ недоразумѣніи. Судебный приставъ во время засѣданія суда можетъ удалить кого либо изъ засѣданія только по приказу предсѣдательствовавшаго; городовой, прибѣжавшій на свистокъ околоточнаго и отведшій указанное послѣднимъ лицо въ участокъ, можетъ сослаться въ оправданіе своихъ дѣйствій только на полученный имъ приказъ. Мало того, нельзя даже утверждать, что ссылка на приказъ не имѣетъ силы, какъ скоро приказъ по содержанію оказался противозаконнымъ: во второмъ изъ приведенныхъ выше примѣровъ, городовой останется безнаказаннымъ, хотя бы оказалось, что околоточный приказалъ арестовать данное лицо противозаконно. Съ другой стороны, однако, нельзя забывать, что не приказъ создаетъ обязательныя нормы дѣятельности другихъ лицъ, подчиненныхъ, а законъ, на которомъ онъ покоится, а потому, если исполненіе закона освобождаетъ отъ отвѣтственности только при наличности извѣстныхъ условій, то тѣмъ болѣе имѣютъ эти ограниченія значеніе по отношенію къ исполненію приказа, и далеко не всякій приказъ дѣлаетъ его исполнителя безотвѣтственнымъ.

Теорія слѣпаго и безотвѣтственнаго подчиненія приказу начальника, защищаемая нѣкогда Гоббесомъ, давно уже поколеблена въ наукѣ [2]). Что лежитъ въ основѣ такого взгляда? Превращеніе подчиненнаго въ орудіе начальника, орудіе, лишенное способности дѣйствовать своею волею, утратившее обладаніе нравственными принципами, сознаніе запрещеннаго и дозволеннаго. Въ случаяхъ исключительныхъ, при физическомъ принужденіи, такое положеніе возможно, но оно не можетъ считаться нормальнымъ, согласнымъ съ раціональнымъ государственнымъ устройствомъ, однаково противорѣча и

незаконнымъ распоряженіямъ и дѣйствіямъ должностныхъ лицъ, Ю. В. 1886 г. № 9; Кузьминъ-Караваевъ, Военно-уголовное право, 1895 г., стр. 44 и сл.; стр. 282 и сл.; Schaper въ Holtzendorfs Handbuch, стр. 122—125; Binding, Handbuch, § 155; Trébutien, § 540 и сл.; Ortolan, №№ 466—486; Lainé, № 234 и сл.; Garraud, №№ 249, 250; Haus, №№ 564—573; Thiry, № 133 и сл.; Brauer, Der dienstliche Befehl, als Grund der Straflosigkeit, въ G., 1856 г.; F. von Calker, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für auf Befehl begangene Handlungen insbesondere nach Militärstrafrecht, 1891 г.

1) Geyer, Grundriss, § 19; Liszt, § 34; H. Meyer, § 38.

2) Ср. въ особенности краснорѣчивыя возраженія противъ этой доктрины у французскихъ криминалистовъ—Rossi, Traité, стр. 10—12; Ortolan, Haus, F. Hélie, I, № 280; IV, № 1317—1321, Laborde, № 192 и сл.; Thiry, № 139 изъ самой формулы бельгійскаго уложенія (§ 70) выводитъ, что обязателенъ только приказъ, по содержанію своему, согласный съ закономъ, въ этомъ же смыслѣ онъ толкуетъ и постановленія ст. 152 и 260 о ненаказуемости дѣяній, учиненныхъ въ исполненіе приказаній компетентной власти, въ предѣлахъ ея вѣдомства, данныхъ лицу подчиненному. Contra—Nipels. Ср. по этому поводу Laborde, № 196 пр. 1.

существу человѣческой природы и разумности государственнаго организма. Такое ученіе могло возникнуть въ эпоху рабства [1]), абсолютныхъ деспотій разнаго рода; его можно было поддерживать въ извѣстномъ объемѣ при существованіи крѣпостнаго права; но оно неминуемо должно исчезать при первыхъ зачаткахъ гражданской свободы.

Притомъ, этотъ принципъ отвѣтственности подчиненнаго за исполненіе незаконнаго распоряженія распространяется на всѣ отрасли государственнаго управленія, а въ томъ числѣ и на отношенія военнослужащихъ, хотя по отношенію къ нимъ всего чаще защищается доктрина безусловнаго подчиненія.

«Солдатъ, говорятъ защитники этого взгляда, долженъ видѣть глазами начальника, думать его мыслями; приказъ—это его мнѣніе, его нравственность, его религія; назначеніе солдата—самоотрицаніе и подчиненность». Поэтому допустить отвѣтственность исполнителя приказа въ военномъ быту, значитъ дозволить ему оцѣнку дѣйствій начальника, а съ тѣмъ вмѣстѣ разрушить основу военной дисциплины. Но эти положенія возбуждаютъ значительныя сомнѣнія, такъ какъ при этомъ смѣшиваютъ дисциплину съ субординаціею. Условія военной дисциплины, конечно, требуютъ строгаго послушанія, точнаго исполненія требованій начальника, но это не устраняетъ возможности оцѣнки требованій, начала разумной подчиненности. «Солдатъ, говоритъ Росси, не долженъ разсуждать; но по отношенію къ кому: ко всякому начальнику, или только по отношенію къ своему унтеръ-офицеру, капитану, полковнику? Долженъ ли онъ отказываться отъ обладанія разсудкомъ только въ извѣстныхъ случаяхъ, или же всегда? Но, признавая солдата машиною во всѣхъ случаяхъ и относительно всякаго начальника, мы дойдемъ до такого абсурда, что солдатъ, по распоряженію своего начальника, можетъ выстрѣлить въ своего монарха». Также сомнительно, можно ли считать обязательнымъ измѣнническій приказъ начальствующаго отрядомъ сдаться безъ всякаго основанія непріятелю, или приказъ ротнаго командира сжечь деревню, въ которой рота стояла въ мирное время, и т. п. Такая теорія приведетъ неминуемо къ деморализаціи арміи, сдѣлаетъ ее несостоятельною къ борьбѣ съ любою цивилизованною страною [2]). Не даромъ кодексъ (1872 г.) самой дисциплинированной арміи—нѣмецкой, призналъ, что хотя за беззаконный приказъ отвѣчаетъ прежде всего приказавшій, но и для безнаказанности исполнителя, однако, необходимо, чтобы, во-1-хъ, приказъ относился къ дѣламъ службы (Befehl in Dienstsachen въ отличіе отъ Dienstbefehl,—приказъ начальника, но не по дѣламъ службы) и былъ данъ непосредственнымъ начальникомъ, а,

---

1) Римское право даже и о рабахъ говорило: «servus non in omnibus rebus *sine poena* domino dicto audiens esse solet» L. 20 D. de obl. et act., XLIV. Германскій Reichsgericht въ рѣшеніи 4 Іюля 1882 г. (Entsch. VI, № 140) поставилъ такое положеніе: «слѣпое подчиненіе приказу начальника не находитъ себѣ оправданія въ служебныхъ обязанностяхъ, и наличность такого послушанія не можетъ уничтожить преступный характеръ дѣянія подчиненнаго.

2) Весьма любопытныя замѣчанія по вопросу объ условіяхъ раціональной дисциплины дѣлаетъ одинъ изъ талантливѣйшихъ нашихъ военныхъ писателей М. И. Драгомировъ, Сборникъ статей, стр. 28 и сл. «Законъ, замѣчаетъ онъ (стр. 43), долженъ стоять выше личности начальника и подчиненнаго».

во-2-хъ, чтобы приказъ не заключалъ въ себѣ, завѣдомо для исполнителя, требованія совершить что-либо, признаваемое по обще-гражданскому или военному уголовнымъ кодексамъ за преступленіе или проступокъ [1]).

Конечно, исполненіе приказа освобождаетъ отъ отвѣтственности только при извѣстныхъ условіяхъ, аналогичныхъ съ приведенными выше относительно безнаказанности исполненія закона [2]).

Необходимо, чтобы приказъ былъ данъ компетентнымъ лицомъ, въ сферѣ его служебной дѣятельности. Мы не можемъ себѣ представить въ организованномъ государствѣ такой исполнительной власти, кругъ дѣятельности которой по отношенію къ подчиненнымъ былъ бы безграниченъ, или которой распоряженія должны бы были приводиться въ исполненіе всѣми и каждымъ. Полицейскій чиновникъ или судебный слѣдователь будутъ отвѣчать за лишеніе свободы, если они заарестуютъ кого либо по приказу некомпетентнаго лица, на какой бы ступени чиновничьей іерархіи это лицо ни стояло. Такимъ образомъ, для безнаказанности исполнителя прежде всего нужно рѣшить вопросъ: имѣлъ ли право приказавшій дать такой приказъ данному лицу, т. е. имѣлъ ли приказавшій право приказывать по службѣ исполнителю въ силу своего служебнаго положенія и относился ли приказъ къ такому дѣянію, которое входило въ кругъ служебной дѣятельности?

Вмѣстѣ съ тѣмъ необходимо доказать, что приказъ былъ данъ въ надлежащей формѣ, если таковая установлена закономъ.

При всякой ссылкѣ на приказъ судъ долженъ удостовѣриться, данъ ли былъ онъ компетентнымъ лицомъ, относился ли къ служебнымъ обязанностямъ исполнителя, были ли соблюдены предписанныя закономъ формы; но достаточно ли этихъ условій для оправданія исполнителя приказа, оказавшагося преступнымъ? Отвѣтъ на это можетъ быть троякій: 1) можно признать, что при этихъ условіяхъ за приказъ отвѣчаетъ только приказавшій, такъ что, напр., писецъ нотаріуса, по его приказанію подписавшійся чужимъ именемъ, въ качествѣ свидѣтеля акта, будетъ безотвѣтственъ; 2) можно, наоборотъ, признать, что наличность формальныхъ условій законности не имѣетъ никакого значенія для отвѣтственности, какъ скоро приказъ былъ несправедливъ по существу, такъ что каждый получившій приказъ не только имѣетъ право,

---

1) Brauer, Handbuch des deutschen Militärstrafrechts, 1873 г., стр. 28—30; Fleck, Kommentar über das Strafgesetzbuch für das preussische Heer, 1869 г. стр. 89; K. Hecker, Lehrbuch des deutschen Militärstrafrechts, 1887 г., стр. 89—94. При этомъ нельзя не указать, что въ преніяхъ по проекту военно-уголовнаго нѣмецкаго кодекса принимали участіе и Бисмаркъ и Мольтке, причемъ послѣдній защищалъ ту мысль, «что власть сверху и послушаніе снизу, однимъ словомъ, дисциплина— составляетъ душу арміи. Дисциплина дѣлаетъ армію тѣмъ, чѣмъ она должна быть; армія безъ дисциплины это дорого стоющее учрежденіе, негодное во время войны и опасное во время мира». Кузьминъ-Караваевъ, стр. 62: «приказъ, къ службѣ не относящійся, а равно приказъ противозаконный, не суть требованія, обязательныя для исполненія; кромѣ того, не можетъ быть почитаемъ обязательнымъ для выполненія требованіемъ приказъ низшаго начальника, отданный, завѣдомо для подчиненнаго, вопреки приказу высшаго начальства». Обзоръ различныхъ воззрѣній на значеніе воинскаго приказа у Калькера, стр. 101 и сл.

2) Подробное опредѣленіе условій обязательности приказа у А. Градовскаго, Начала, II стр. 99.

но и обязанъ обсудить его какъ съ формальной, такъ и съ матеріальной стороны, и отказать въ исполненіи, въ виду возможности своей уголовной отвѣтственности, какъ скоро у него возникнетъ сомнѣніе относительно законности распоряженія; 3) можно признать, что исполнитель отвѣчаетъ за приказъ не всегда, а при извѣстныхъ условіяхъ.

Очевидно, что оба первыя рѣшенія вопроса неудовлетворительны: одно—въ виду интересовъ частныхъ лицъ, такъ какъ, благодаря признанію безнаказанности исполнителей беззаконныхъ приказовъ, уничтожается одно изъ сильныхъ предупредительныхъ средствъ противу опасности, возникающей отъ подобныхъ распоряженій, а привлеченіе къ отвѣтственности лицъ распоряжающихся, приказывающихъ, представитъ большія затрудненія; другое—потому что при подобной постановкѣ вопроса не можетъ успѣшно функціонировать ни одинъ органъ власти.

Поэтому болѣе практичнымъ представляется третье рѣшеніе вопроса, допускающее отвѣтственность исполнителей только въ случаѣ явной преступности приказа. Компетентность приказавшаго, служебный характеръ приказа заключаетъ въ себѣ какъ бы презумпцію его законности; приказъ обязателенъ, хотя бы у исполнителя возникло сомнѣніе въ его правильности, хотя бы онъ не зналъ, существуютъ ли достаточныя фактическія основанія для даннаго распоряженія. Но обстоятельства измѣняются, какъ скоро приказъ, формально законный, требуетъ, завѣдомо для исполнителя, выполненія преступнаго дѣянія; въ этихъ случаяхъ начало подчиненности парализуется требованіемъ закона, воспрещающаго совершеніе этого преступнаго дѣянія. Такимъ образомъ, приказъ начальника изготовить завѣдомо подложный документъ, офицера—стрѣлять въ перваго встрѣчнаго, не можетъ считаться обязательнымъ, и за осуществленіе таковаго приказа отвѣчаютъ какъ приказавшій, такъ и исполнившій. Эта явная преступность приказа должна существовать не только объективно, но и субъективно; необходимо, чтобы исполнитель сознавалъ противозаконность приказа и, несмотря на то, осуществилъ его [1]).

Но если обязательность приказа существуетъ только субъективно, а не объективно, если виновный полагалъ, что онъ подчиняется приказу компетентнаго лица, между тѣмъ какъ приказавшій не имѣлъ на то никакого права, то, конечно, его ссылка на обязательный приказъ не можетъ имѣть никакого юридическаго значенія и учиненное виновнымъ должно обсуждаться сообразно съ правилами объ ошибкѣ и заблужденіи.

Наконецъ, исполненіе приказа можетъ служить основаніемъ безотвѣтственности только въ томъ случаѣ, если исполнившій не переступилъ предѣла приказа; всякое же превышеніе приказа влечетъ его личную отвѣтственность: если полицейскому было приказано задержать кого либо, а онъ, безъ необходимости, избилъ задержаннаго, то, конечно, полицейскій будетъ отвѣчать за побои.

Но если исполненіе завѣдомо незаконнаго приказа ни въ какомъ случаѣ не можетъ уничтожить преступности дѣянія, то оно можетъ вызвать сни-

---

1) Ср. Thiry, № 141; Finger, § 72, 2.

схожденіе къ совершившему, такъ какъ такой приказъ часто можетъ близко соприкасаться съ психическимъ принужденіемъ: исполнившій знаетъ, что приказъ, ему данный, беззаконенъ; но онъ точно также знаетъ, что одного его слова, одного намека достаточно, чтобы лишить ослушника мѣста, оставить безъ куска хлѣба. Конечно, отказъ въ исполненіи подобнаго приказа при такихъ условіяхъ будетъ актомъ гражданскаго мужества, будетъ проявленіемъ высоко развитой нравственности; но, съ другой стороны, вынужденная только этимъ путемъ уступка приказу не можетъ не быть принята во вниманіе при опредѣленіи уголовной отвѣтственности [1]).

Въ нашемъ правѣ [2]) подробныя постановленія о приказѣ мы встрѣчаемъ въ воинскомъ уставѣ Петра Великаго. Въ толкованіи на артикулъ 29 выражено: «начальнику принадлежитъ повелѣвать, а подчиненному послушну быть; оный имѣетъ въ томъ, что онъ приказалъ, оправдаться, а сей отвѣтъ дать, какъ онъ повелѣнное исполнилъ»; поэтому, по уставу (ст. 28 и 29) не только подвергались суровой отвѣтственности неисполнившіе приказа, но наказывалось и всякое непристойное разсужденіе объ указахъ, которые ему даны отъ начальника [3]). На системѣ воинскаго устава основаны были и постановленія свода законовъ (ст. 200, изд. 1842 г.). Иначе поставленъ этотъ вопросъ въ уложеніи 1845 г., въ спеціальныхъ постановленіяхъ о нѣкоторыхъ отдѣльныхъ преступныхъ дѣяніяхъ. Такъ, ст. 393 наказывала за ослушаніе начальству по дѣламъ службы, но кромѣ, однако, того случая, когда начальникъ потребовалъ учиненія чего либо противозаконнаго; а ст. 403 прибавляла, что подчиненный, исполнившій приказаніе или желаніе начальника, зная, что сіе противно законамъ, подвергается наказанію, за то противузаконное дѣяніе опредѣленному, хотя и въ меньшей мѣрѣ, сравнительно съ приказавшимъ [4]). Впрочемъ, это постановленіе нѣсколько смягчалось 6 п. 134 ст., по которому приказъ лица, имѣющаго по природѣ или по закону высшую надъ виновнымъ власть, служитъ обстоятельствомъ, уменьшающимъ отвѣтственность.

Наши военные законы до послѣдняго времени повторяли постановленія воинскаго устава Петра Великаго; но новый воинскій уставъ (ст. 69 по изд. 1875 г.) постановляетъ: «въ случаѣ совершенія по приказанію начальства дѣянія, признаннаго судомъ преступнымъ, подчиненные подлежатъ отвѣтственности только тогда, когда они превысили данное имъ приказаніе, или же, исполняя приказаніе начальника, не могли не видѣть, что онъ имъ предписываетъ нарушить присягу на вѣрность службы или совершить дѣяніе явно преступное» [5]).

Дѣйствующее уложеніе включило въ общую часть особое постановленіе по сему предмету. Статья 44 постановляетъ: не почитается преступнымъ дѣяніе, учиненное во исполненіе закона или приказа по службѣ даннаго подле-

---

1) Въ доктринѣ существовало воззрѣніе, прямо подводившее приказъ подъ понятіе психическаго принужденія и крайней необходимости—Карпиньяни, Клейншродъ, даже позднѣе Geyer.—Ср. Csiker, стр. 14.

2) Ср. мой курсъ, стр. 191.

3) Проектъ 1813 г. въ ст. 309 говорилъ: начальникъ, принуждающій или повелѣвающій подчиненному учинить противозаконныя дѣянія, подлежитъ отвѣтственности за оныя и за всѣ ихъ послѣдствія, какъ зачинщикъ; подчиненный же, безъ протеста или доноса исполнившій оное, наказывается какъ вспомогатель, по мѣрѣ вины своей.

4) Томъ II свода законовъ, ст. 75, также постановляетъ: власть начальника не распространяется на мнѣніе подчиненнаго, которое во всякомъ случаѣ свободно и отъ произвола его не зависитъ; а ст. 76 указываетъ на обязанность каждаго служащаго не подчиняться незаконнымъ распоряженіямъ начальника.

5) Точно также и военно дисциплинарный уставъ, указывая, что воинская дисциплина обязываетъ точно и безпрекословно исполнять приказанія начальника и что (ст. 2) «при безпрекословномъ исполненіи подчиненными приказаній начальника онъ одинъ отвѣчаетъ за послѣдствія своего приказанія», вслѣдъ за тѣмъ добавляетъ—«кромѣ лишь случаевъ, въ военныхъ законахъ (ст. 69) именно указанныхъ», Кузьминъ-Караваевъ, стр. 68. При редактированіи въ 1879 г. дисциплинарнаго устава

жащею властью, въ предѣлахъ ея вѣдомства, съ соблюденіемъ установленныхъ на то правилъ, и не предписывавшаго дѣянія, явно преступнаго.

Формула эта, какъ замѣчаетъ объяснительная записка, состоитъ изъ двухъ частей: первая часть установляетъ безнаказанность дѣяній, совершенныхъ во исполненіе закона, объединяя такимъ образомъ различныя постановленія, разбросанныя въ особенной части уложенія 1845 г.; причемъ подъ дѣйствіе этихъ постановленій подойдетъ какъ исполненіе велѣній закона органами власти, такъ и осуществленіе дисциплинарной власти и даже правъ частныхъ, въ предѣлахъ, установленныхъ закономъ; вторая часть говоритъ о безнаказанности исполненія обязательнаго приказа и опредѣляетъ условія этой обязательности, принимая за основаніе изложенныя выше постановленія уложенія и воинскаго устава о наказаніяхъ.

Въ замѣчаніяхъ на проектъ уголовнаго уложенія нѣкоторые наши и иностранные юристы [1]) указывали на излишество этого постановленія въ законѣ, такъ какъ правило это представляется совершенно яснымъ; но не говоря о томъ, что и въ теоріи объемъ безнаказанности исполнителей приказа установленъ далеко не безспорно, еще болѣе разнообразія и противорѣчій оказалось во взглядахъ нашихъ практиковъ въ этихъ замѣчаніяхъ, такъ что введеніе въ законъ такого упорядочивающаго начала представляется совершенно необходимымъ [2]).

были сдѣланы предложенія исключить слова «или совершитъ дѣянія, явно преступныя», но противъ такого исключенія главный военный прокуроръ возразилъ: «основы дисциплины покоятся на правилахъ религіи, нравственности, долга, чести, т. е. на такихъ присущихъ человѣку принципахъ, съ которыми онъ живетъ и умираетъ. Затѣмъ, если присяга на вѣрность службы должна составлять святыню для начальника, она не менѣе свята и для подчиненнаго. Вотъ почему законъ и предписываетъ подчиненному повиноваться безпрекословно начальнику до тѣхъ лишь поръ, пока начальникъ ведетъ подчиненнаго къ соблюденію святости принятой послѣднимъ присяги, въ обширномъ смыслѣ этого слова, т. е. къ добру, а не къ преступленію; къ охраненію закона Государя, а не къ нарушенію постановленій Монарха». Ср. Кузьминъ-Караваевъ, стр. 71. Въ рѣшеніи главнаго военнаго суда 1893 г. № 62 также высказано: «совершеніе явныхъ преступленій, хотя бы и по распоряженію начальника, не можетъ быть оправдываемо ни требованіемъ дисциплины, ни обязанностью подчиненнаго безпрекословно исполнять приказанія своего начальника». Любопытные примѣры изъ практики см. у Анисимова въ его изданіи воинскаго устава подъ ст. 69. Между прочимъ, въ рѣшеніи 1889 г. №95, судъ призналъ, что нанесеніе дядькою, обучающимъ новобранцевъ, ударовъ обучаемымъ не освобождаетъ виновнаго отъ отвѣтственности, хотя бы это послѣдовало по приказанію начальника. Ср. также рѣшеніе 1896 № 105.

[1]) Между прочими, проф. Листъ, проф. Гуго Мейеръ. Отдѣльныя положенія по этому вопросу въ общей части содержатъ кодексы бельгійскій (ст. 70), голландскій (ст. 42 и 43) и итальянскій (§ 49).

[2]) Въ объяснительной запискѣ по этому поводу говорится: «сопоставленіе этихъ столь противоположныхъ мнѣній о приказѣ начальника убѣждаетъ редакціонную коммисію какъ въ необходимости внесенія въ законъ особыхъ постановленій по сему предмету, такъ и въ цѣлесообразности принятаго ею начала. Установленіе полной безнаказанности исполнителей служебнаго приказа, мнимо содѣйствуя, водвореніемъ безотвѣтной подчиненности, укрѣпленію авторитета власти, было бы не только крайне опасно для отдѣльныхъ гражданъ, для общественнаго спокойствія и государственнаго порядка, но и устраняло бы принципъ, твердо установившійся въ нашемъ законодательствѣ еще при изданіи уложенія 1845 г. и въ 1867 г. внесенный даже въ военно-уголовный уставъ. Съ другой стороны, распространеніе отвѣтственности на исполнителей всякаго служебнаго приказа, оказавшагося противозаконнымъ, не соотвѣтствовало бы, какъ можно видѣть и изъ приведенныхъ выше отзывовъ, еще болѣе распространенному у насъ среди служебныхъ органовъ воззрѣнію на всесильное и обязательное значеніе всякаго приказа».

Дозволеніе власти. Отдѣльно отъ приказа ставится вопросъ о значеніи дозволенія органовъ власти на учиненіе даннаго преступнаго дѣянія, преимущественно полицейскихъ нарушеній. Если въ какое либо общественное зданіе воспрещенъ входъ, въ общественномъ пруду воспрещена ловля рыбы, то можетъ ли виновный въ подобномъ нарушеніи сослаться въ свое оправданіе на разрѣшеніе, данное сторожемъ или смотрителемъ? Здѣсь могутъ быть два случая: если правила объ управленіи зданіемъ или прудомъ давали смотрителю право на подобное разрѣшеніе, то, конечно, объ отвѣтственности получившаго дозволеніе не можетъ быть и рѣчи; но если это право ему не предоставлено, то и ссылка на дозволеніе сама по себѣ не имѣетъ никакого значенія. Нарушитель можетъ ссылаться въ свое оправданіе развѣ только на свою добросовѣстность, на свою ошибку и заблужденіе; но при этомъ, очевидно, нужно установить, что не только дозволеніе не было получено насиліемъ, обманомъ или подкупомъ, но что нарушитель не зналъ, что смотритель не имѣлъ права дать такое разрѣшеніе, и что незнаніе это не можетъ быть ему поставлено въ вину[1]).

123. *Осуществленіе дисциплинарной власти* [2]). Подобно лицу, исполняющему данный ему законный приказъ власти, не можетъ быть отвѣтственнымъ и тотъ, кто посягаетъ на правоохраненный интересъ, осуществляя предоставленную ему закономъ дисциплинарную власть или обязанности своего званія, если только пользованіе этимъ правомъ или исполненіе обязанности не обусловлено ненарушимостью интересовъ третьихъ лицъ. Случаи такого проявленія дисциплинарной власти крайне разнообразны: таковы, напр., случаи наказанія дѣтей родителями или воспитателями, малолѣтнихъ мастеровыхъ ремесленниками; таково осуществленіе права, предоставленнаго капитану на кораблѣ по отношенію къ экипажу и пассажирамъ, предсѣдателю суда — по отношенію къ присутствующимъ и сторонамъ, смотрителю тюрьмы—по отношенію къ арестантамъ; таково право фабричныхъ инспекторовъ или акцизныхъ чиновниковъ—на входъ въ помѣщенія, находящіяся въ ихъ завѣдываніи, хотя и противъ воли владѣльца, и т. д.

---

1) Ср. любопытную практику по этому вопросу французскаго кассаціоннаго суда у Blanche, II, № 254 и 257. Французскій судъ, при полицейскихъ нарушеніяхъ, не допускаетъ оправданія дозволеніемъ даже при добросовѣстности такой ссылки. Уголовный кассаціонный департаментъ, въ рѣшеніи 87/14, Животинскаго, указалъ, что нарушеніе закона не можетъ быть покрываемо разрѣшеніемъ какой бы то ни было административной власти, а послѣднее можетъ имѣть значеніе лишь для опредѣленія степени виновности лица и установленія мѣры его отвѣтственности; то же повторено въ рѣшеніи 90/34, Гольдмана, а въ рѣшеніи 1892 № 9 общее собраніе еще категоричнѣе указало, что никакое распоряженіе органа власти подчиненной не можетъ отмѣнять или ограничивать закона, отъ Верховной власти исходящаго.

2) Ср. мой курсъ, т. I, № 126 и сл. 1874 г.; Сергѣевскій, Пособія, стр. 236. Въ германскихъ учебникахъ это ученіе включено въ общую часть впервые въ учебникѣ Гуго Мейера (1-е изд. 1875 г.); ср. также подробный обзоръ этого ученія у Binding'a Handbuch, 154, стр. 791—804; онъ справедливо замѣчаетъ, что весьма важный вопросъ о предѣлахъ и условіяхъ осуществленія дисциплинарной власти остается еще совершенно не разработаннымъ; у Биндинга приведены любопытные примѣры изъ практики высшихъ нѣмецкихъ судовъ, а въ прим. 1 на стр. 791—литературныя указанія. Freudenstein, Das Erziehungsstrafrecht, 1882; Ortloff, Die Ueberschreitung des Züchtigungsrecht 1891; Hubrich, Das Züchtigungsrecht in seiner strafrechtlichen Bedeutung, G. XLVI.

Всякое ограниченіе интересовъ, сдѣланное при осуществленіи этой власти, не можетъ считаться преступнымъ; но такъ какъ эта власть всегда имѣетъ въ виду только опредѣленную группу отношеній, а не заключаетъ въ себѣ всецѣлаго подчиненія одной личности другой, то и превышеніе предѣловъ дисциплинарной власти несомнѣнно подвергаетъ виновнаго отвѣтственности, хотя и можетъ иногда служить основаніемъ смягченія наказанія. Это превышеніе можетъ заключаться или въ употребленіи власти въ неподлежащихъ случаяхъ или въ употребленіи мѣръ, превышающихъ предѣлы дозволеннаго. Предсѣдатель суда не отвѣчаетъ за замѣчанія, сдѣланныя сторонамъ на судѣ, или за удаленіе кого либо изъ залы засѣданія, какъ за оскорбленіе; но его власть не устраняетъ его отвѣтственности за ругательныя слова, имъ употребленныя, или за побои, нанесенные по его приказанію; заключеніе въ карцеръ или даже наказаніе розгами является осуществленіемъ дисциплинарной власти школы, но оно становится проступкомъ, какъ скоро принятіе этихъ мѣръ не дозволено, или какъ скоро будетъ доказано, что эти мѣры были употреблены не ради интересовъ воспитанія, а какъ проявленіе самодурства, личныхъ разсчетовъ, мести и т. п. [1])

Такъ какъ право дисциплинарной власти предполагаетъ обязанность опредѣленныхъ лицъ подчиняться распоряженіямъ этой власти, то естественно возникаетъ вопросъ: можетъ ли служить оправданіемъ приказъ лица, имѣющаго такую власть? Отвѣтъ несомнѣнно долженъ быть отрицательный. Дисциплинарная власть имѣетъ значеніе только по отношенію къ данному опредѣленному лицу, ей подчиненному, а не распространяется на третьихъ лицъ; поэтому и приказъ, не входящій въ область дисциплинарныхъ отношеній, не можетъ быть обязательнымъ и не можетъ освобождать отъ отвѣтственности [2]).

Осуществленіе профессіональныхъ обязанностей. Къ той же группѣ относятся и случаи причиненія вреда при исполненіи обязанностей званія, въ частности, напр., обязанностей солдата, врача [3]). Хирургъ не можетъ отвѣчать за ампутацію руки или ноги больнаго, директоръ дома умалишенныхъ— за надѣваніе на больнаго рубашки для сумасшедшихъ въ моментъ припадка и т. п. Хотя вопросъ объ основаніяхъ, условіяхъ и объемѣ такой врачебной практики, а въ особенности въ послѣднее время, послѣ извѣстнаго процесса д-ра Ihle въ Дрезденѣ, въ 1894 г., вызвалъ и оживленные споры среди меди-

---

1) Объ отвѣтственности за превышеніе дисциплинарной власти подробно говорилъ воинскій уставъ Петра Великаго. Такъ, въ толкованіи на арт. 154 было сказано: «ежели случится, что нѣкоторый главный подчиненныхъ своихъ за нѣкоторыя причины захочетъ наказать и такое въ достойной и должной его ревности зло учинится, что наказанный отъ того наказанія умретъ, то вѣдати надлежитъ, что оный главный, по мнѣнію правоучителей, не животомъ, но жестоко имѣетъ быть наказанъ»; а въ толкованіи на арт. 163: «яко бы кто похотѣлъ жену свою или дитя наказать и оную такъ жестоко побьетъ, что подлинно отъ онаго умретъ, то правда, что наказаніе легче бываетъ»

2) Ср. F. Hélie I, № 283 и 284; Ortolan, № 362. По англійскому праву совершеніе преступленія женою въ присутствіи мужа не считается преступленіемъ.

3) Binding, Handbuch, стр. 792, даже такъ обобщаетъ это право: средства, необходимыя для достиженія юридически дозволенной цѣли, суть правомѣрныя средства; то же воззрѣніе защищаютъ: Меркель, Г. Мейеръ, Листъ.

ковъ и юристовъ, и обширную литературу [1]). Наиболѣе простое рѣшеніе вопроса, особенно соблазнительное для неюристовъ, но находящее защитниковъ и между ними [2]), признаетъ весь вопросъ празднымъ, такъ сказать, измышленіемъ криминалистовъ, въ виду того, что, начиная съ Гиппократа, непреложно установилось положеніе, что врачъ лѣчитъ, а не причиняетъ вреда и тогда, когда прибѣгаетъ къ желѣзу или огню; и что лѣчебныя дѣйствія, причиняющія паціенту страданія, поврежденія или потерю органа тѣла, даже самую смерть, не могутъ быть подводимы ни подъ тѣлесныя поврежденія, ни подъ понятіе лишенія жизни. Врачъ, говоритъ Геймбергеръ (стр. 45), ампутируя какой нибудь зараженный органъ тѣла, производитъ рядъ патологическихъ измѣненій въ больномъ, но въ результатѣ получается сохраненіе здоровья и жизни. Признавать причиненіе врачемъ тѣлесныхъ страданій паціенту—тѣлесными поврежденіями, значитъ признать почти всякую дѣятельность врача непрерывнымъ причиненіемъ поврежденія здоровью, а врачебное дѣйствіе, направленное къ возстановленію здоровья, не можетъ быть почитаемо его поврежденіемъ. Но такая постановка и теоретически весьма спорна, и практически малопригодна. Нѣтъ сомнѣнія, что дѣйствія, направленныя къ удаленію изъ организма предметовъ или процессовъ, ему вредящихъ, уничтоженію условій, способствующихъ его разрушенію, или дѣйствія направленныя къ возстановленію разстроенныхъ функцій, уничтоженію или облегченію страданій и т. д.,—составляютъ врачеваніе, которое можетъ быть удачное или неудачное, дозволенное или недозволенное, но которое само по себѣ не можетъ быть подводимо подъ преступное посягательство на тѣлесную неприкосновенность; но о такомъ подведеніи не возникаетъ и вопроса: не было еще примѣровъ уголовнаго преслѣдованія за употребленіе медикомъ, по отношенію къ обратившемуся къ его помощи паціенту, лѣкарствъ или хирургическихъ пріемовъ, какъ за истязанія и мученія. Вопросъ ставится иначе: подходятъ ли причиненіе, посредствомъ примѣненія средствъ врачеванія, смерти паціенту, лишеніе его врачующимъ какого нибудь органа тѣла, причиненіе ему раны и т. п., подъ соотвѣтственныя понятія тѣлесныхъ поврежденій или подъ лишеніе жизни? Сторонники разбираемаго мнѣнія категорически говорятъ, что нѣтъ, но почему?

Если въ чьемъ либо носу безъ вѣдома его хозяина помѣстился полипъ, или на немъ и по винѣ владѣльца образовалась опасная заразная язва, то тѣмъ не менѣе этотъ больной носъ остается органомъ тѣла, и отнятіе его будетъ увѣчьемъ или обезображеніемъ лица; даже если этотъ носъ или другой органъ пораженъ настолько, что утратилъ способность функціонировать, то можно спорить о томъ, можетъ ли онъ считаться органомъ тѣла, но онъ

---

1) Oppenheim, Das ärztliche Recht zu körperlichen Eingriffen an Kranken und Gesunden, 1892; Dietrich, Die Straflosigkeit ärztlicher Eingriff. 1896; C. Stoos, Chirurgischeoperation und ärztliche Behandlung, 1898; подробный разборъ его взглядовъ сдѣланъ Фингеромъ въ L. Z. XX, стр. 12 и сл.; I. Heimberger, Strafrecht und Medicin, 1899; Lilienthal, Die pflichtmässige ärztliche Handlung und das Strafrecht, 1899.

2) Quod medicamentum non sanat, ferrum sanat, quod ferrum non sanat, ignis sanat. За это положеніе высказываются Stoos, Heimberger, комментаторы германскаго уложенія—Франкъ, Ольсгаузенъ и др.

несомнѣнно остается частью тѣла и посягательство на него со стороны объективной безусловно подойдетъ подъ понятіе тѣлеснаго поврежденія. Значитъ, различіе заключается въ сторонѣ субъективной? Но мы знаемъ, что для общаго понятія виновности необходимо, чтобы виновный сознавалъ то, что онъ дѣлаетъ, и руководствовался сознаннымъ, или безразлично относился къ предполагаемому возможнымъ результату его дѣйствій. Но едва ли можно сомнѣваться, что хирургъ, ампутирующій зараженную руку или ногу, сознательно направляетъ свои дѣйствія именно къ произведенію этого послѣдствія. Значитъ, такое рѣшеніе вопроса неудовлетворительно и надо искать другихъ основаній для признанія такой врачебной практики не только не наказуемою, но и не преступною [1]). Такихъ основаній представляется нѣсколько. Первое и несомнѣнно весьма существенное—это согласіе пострадавшаго. Больной, обращаясь къ врачу за помощью отъ извѣстной болѣзни, согласившись на извѣстную операцію, конечно, не можетъ претендовать на тѣ страданія, которыя онъ затѣмъ испыталъ, на происшедшее искалѣченіе: просящій вырвать зубъ не можетъ разсчитывать на то, что онъ при этомъ будетъ испытывать неземное блаженство; согласившійся на ампутированіе глаза или носа не можетъ претендовать на то, что красота его испорчена. Но какъ ни важно условіе согласія, оно не разрѣшаетъ вполнѣ всѣ случаи этого рода. Не говоря уже о производствѣ операцій надъ психически больными, дѣтьми, какъ будетъ требовать врачъ изъявленія согласія отъ находящагося въ состояніи безсознательности, если операція представляется немедленно необходимою? Кромѣ того, нельзя забывать тѣ, указанныя ранѣе, юридическія условія, при которыхъ согласіе устраняетъ преступность. Во-1-хъ, всѣ законодательства, а въ томъ числѣ и наше, считаютъ наказуемымъ лишеніе жизни съ согласія потерпѣвшаго. Какъ же смотрѣть на предпринятую врачемъ операцію со смертельнымъ исходомъ, когда при самомъ приступѣ къ таковой врачъ считалъ благополучный исходъ маловѣроятнымъ, хотя и возможнымъ? А какъ будетъ рѣшаться вопросъ тамъ, гдѣ согласіе не устраняетъ наказуемости и тяжкихъ тѣлесныхъ поврежденій? Далѣе, согласіе должно быть опредѣленно по отношенію къ отчуждаемому благу и должно предшествовать посягательству, но въ какомъ положеніи будетъ врачъ, который, чтобы не лишить больнаго мужества, необходимаго для успѣха операціи, скроетъ отъ него нѣкоторыя подробности, или послѣдствія, неизбѣжныя даже при благопріятномъ исходѣ? Можетъ ли врачъ прекратить операцію, необходимую по ходу болѣзни, когда паціентъ, подъ вліяніемъ физической боли, происходящей отъ операціи, требуетъ ея прекращенія? Можетъ ли врачъ приступить къ операціи покушавшагося на самоубійство, имѣя основаніе предполагать, что тотъ по оживленіи заявитъ полное несочувствіе его успѣшнымъ дѣйствіямъ? Особенно важно установленіе момента согласія при преступленіяхъ публичныхъ, при которыхъ позднѣйшее прощеніе учинившаго, даже выраженіе ему при-

---

1) Нельзя не обратить вниманія, что Heimberger, не считающій возможнымъ признать въ дѣйствіяхъ врача наличности тѣлесныхъ поврежденій, совершенно неожиданно (стр. 55 и сл.) подводитъ тѣ изъ нихъ, которыя были предприняты безъ согласія больнаго, подъ понятіе посягательствъ на свободу.

знательности, не устраняетъ возможности привлеченія учинившаго къ отвѣтственности прокурорскимъ надзоромъ, а таковы тяжкія тѣлесныя поврежденія.

Такимъ образомъ, согласіе больнаго не представляется единственнымъ и исключительнымъ основаніемъ непреступности дѣйствій врача. Въ дополненіе къ этому условію указываютъ и на другія: врачебную цѣль дѣятельности и соотвѣтствіе дѣятельности обязанностямъ званія. Если первое условіе, значительно расширяя объемъ лицъ, дѣйствія коихъ признаются непреступными, является и по существу своему неопредѣленнымъ [1]), то второе, господствующее въ литературѣ [2]), представляется и мнѣ наиболѣе удовлетворительнымъ. Если лѣчебное дѣйствіе вызывалось состояніемъ больнаго, соотвѣтствовало тому, что разумный врачъ могъ, сообразно требованіямъ медицины, предпринять для борьбы съ болѣзнію и для блага больнаго, оно не можетъ почитаться преступнымъ, хотя бы согласіе паціента на это дѣйствіе и могло быть установляемо лишь предположительно; и лишь въ случаяхъ трудныхъ операцій, лишающихъ органа или способности его функціонировать, или грозящихъ опасностью его жизни, врачъ, сообразно требованіямъ врачебной этики, долженъ сообщить больному или лицамъ, ему близкимъ, о предполагаемыхъ имъ средствахъ лѣченія и о возможномъ исходѣ операціи, такъ какъ больной можетъ иногда предпочесть вѣроятную смерть въ будущемъ—мучительной и тяжкой операціи. При такой постановкѣ вопроса, думается мнѣ, будутъ ограждены: врачъ отъ неожиданнаго уголовнаго процесса и больной, отъ излишней самоувѣренности врача. Само собою разумѣется, что этою безнаказанностью профессіональной дѣятельности и даже съ согласія больнаго не устраняется отвѣтственность за небрежность, а тѣмъ болѣе за сознательную неправильность врачеванія [3]).

Подъ эту категорію подводятся и случаи совершенія врачемъ перфораціи при невозможности естественнаго родоразрѣшенія или цесарскаго сѣченія. Родильница, потребовавшая перфораціи, можетъ ссылаться на состояніе крайней необходимости, а врачъ—на исполненіе обязанностей званія. При этомъ такая оправдательная ссылка вполнѣ возможна не только въ тѣхъ случаяхъ, когда перфорація предпринята при согласіи матери безъ согласія отца перфорированнаго ребенка, но, думается мнѣ, даже и безъ прямого согласія родильницы, какъ скоро врачъ докажетъ, что эта операція являлась неизбѣжною для того, чтобы изъ двухъ неминуемыхъ смертей—и матери, и ребенка, устранить по крайней мѣрѣ одну—матери.

---

1) Такъ Oppenheim видитъ основаніе безнаказанности не въ исполненіи обязанностей профессіи, а въ медицинской цѣли дѣйствія, кѣмъ бы таковое ни предпринималось, насколько это дозволяется обычаями. Къ такимъ случаямъ онъ относитъ (стр. 20 и сл.) и дѣйствія, предпринятыя съ лѣчебною цѣлью: для спасенія жизни, для уменьшенія страданій, для предупрежденія болѣзней, для исправленія тѣлесныхъ недостатковъ, даже для врачебнаго опыта. Но можно ли признать безнаказаннымъ всякаго знахаря, шарлатана, даже самомнительнаго врача, уморившаго больнаго, безъ его на то согласія, въ видѣ опыта? Heimberger, стр. 38, опредѣляетъ врачебное дѣйствіе, какъ всякое примѣненіе, врачемъ или не врачемъ, съ цѣлью врачеванія, внутренняго или внѣшняго средства. На цѣль обращаетъ главное вниманіе и Лилієнталь.

2) Г. Мейеръ, Листъ, Гейеръ, Бернеръ, Биндингъ, Меркель и др.

3) Heimberger, Ueber die Straflosigkeit der Perforation.

*

По тѣмъ же основаніямъ разрѣшаются и случаи причиненія при врачеваніи вреда третьимъ лицамъ, напр., при переливаніи крови, при перенесеніи кожи отъ здороваго лица и т. д. Конечно, въ этихъ случаяхъ не можетъ быть и вопроса о производствѣ операціи безъ согласія этого лица.

Такіе же случаи возможны и по отношенію къ посягательствамъ на имущественныя права; таково, напр., право пожарной команды ломать постройки, угрожаемыя опасностью пожара, прокладывать дорогу черезъ чужія владѣнія для полученія воды и т. п.[1]).

Осуществленіе частнаго права. По тѣмъ же основаніямъ долженъ быть признанъ уголовно-безотвѣтственнымъ и тотъ, кто причиняетъ вредъ благамъ другаго лица при осуществленіи собственнаго права, но, конечно, при извѣстныхъ условіяхъ; въ этомъ отношеніи необходимо различать нарушеніе имущественныхъ и личныхъ правъ другаго лица. Нарушеніе чужаго имущественнаго права при осуществленіи собственнаго не наказуемо, какъ скоро эти права по содержанію своему относятся къ разнымъ объектамъ, и мое дѣйствіе только косвенно причиняетъ вредъ имущественному праву другаго, или когда они относятся къ одному объекту, но одно право первенствуетъ предъ другимъ. Для признанія преступности подобнаго рода осуществленія права необходимо особое указаніе закона; такъ, если въ извѣстныхъ случаяхъ законъ требуетъ для возстановленія нарушеннаго права формальнаго содѣйствія судебной власти, то неисполненіе этого можетъ сдѣлать собственника виновнымъ въ спеціальномъ проступкѣ противъ власти, но не въ нарушеніи имущественныхъ правъ частнаго лица.

Но примѣняется ли то же начало и къ личнымъ нарушеніямъ? Французскіе криминалисты безусловно не признаютъ безнаказанности при voies de fait personnelles, а нѣмецкіе [2]), признавая такое право въ широкомъ объемѣ въ случаяхъ самоуправства по имуществу, какъ скоро утрата права представлялась несомнѣнною и не представлялось возможнымъ обратиться къ содѣйствію органовъ власти, относительно самоуправнаго нарушенія правъ личныхъ, признаютъ ненаказуемымъ только одинъ случай, на основаніи § 127 герм. уст. уг. судопр., по которому всякій уполномоченъ задержать лицо, пойманное на мѣстѣ преступленія, какъ скоро личность его неизвѣстна, или когда можно опасаться его побѣга. Въ несравненно болѣе широкихъ размѣрахъ признаетъ это право практика угол. кассаціоннаго депар. Правит. Сената [3]). Такъ, Сенатъ призналъ за хозяиномъ частной квартиры право удалить изъ этой квартиры постороннихъ; за каждымъ лицомъ — право производства обыска у заподозрѣннаго лица; за собственникомъ недвижимаго имущества—

---

1) Ср. Binding, Grundriss, § 77 III; Finger § 71; A. Merkel, Ueber die Collision rechtmässigen Interessen und die Schadenersatzpflicht bei rechtswidrigen Handlungen, 1895.

2) Ср. Liszt, § 34; въ особенности подробно останавливается на этомъ Wahlberg, въ его Gesamm. Schrif. т. III,—Rechtscharakter der Selbsthilfe; Bücking, Ueber die strafrechtliche Bedeutung der Selbsthilfe, 1892; Н. Сергѣевскій, Пособіе, стр. 236. Проектъ швейцарскаго уложенія (§ 18) говоритъ: не подлежитъ наказанію тотъ, кто учинитъ въ предѣлахъ принадлежащаго ему права (befugter Weise) дѣяніе, почитаемое по закону преступнымъ.

3) Ср. мое изданіе устава о наказ., тезисы подъ ст. 142.

права насильственной охраны лѣса отъ порубокъ, луговъ отъ потравъ и вообще отъ противозаконнаго пользованія и т. д.

Въ нѣкоторыхъ случаяхъ въ защиту такой практики можно сослаться на прямыя указанія закона, какъ, напр., на правила 18 Іюля 1862 г. о потравахъ, дающія права на задержаніе чужаго скота, закона 15 Мая 1867 г.— о порубкахъ, уполномочивающія на задержаніе орудій рубки, повторенныя и въ позднѣйшихъ лѣсныхъ законахъ; но признаніе, напр., права обыска и даже публичнаго у всякаго заподозрѣннаго лица не можетъ быть подкрѣплено никакими прямыми указаніями закона.

Наконецъ, къ этой же группѣ нужно отнести случаи дозволенной государствомъ частной мести, державшіеся въ законодательствахъ и практикѣ иногда долгое время послѣ окончанія періода личной и родовой мести; таково, напр., признававшееся римскими юристами право убійства отцомъ дочери, находящейся подъ patria potestas, и ея любовника, захваченныхъ in flagranti; право мужа убить жену, захваченную въ прелюбодѣяніи [1]). Нынѣ мы встрѣчаемся только съ незначительными остатками этого права, въ родѣ, напр., признанія французскимъ и бельгійскимъ уложеніемъ за excuse légale, при убійствѣ мужемъ жены, захвата ея съ любовникомъ in flagranti, или въ видѣ сохранившагося въ большинствѣ кодексовъ принципа погашенія обидъ за ихъ взаимностью и т. д.

124. Всѣ разсмотрѣнныя причины непреступности дѣянія, вслѣдствіе устраненія правовой охраны интереса, имѣютъ чисто юридическій характеръ; другую группу составляютъ оправдательныя ссылки на нѣкоторыя фактическія условія дѣйствія, оправдывающія преступное посягательство, а именно, на опасность, грозившую благамъ лица обвиняемаго. Случаи эти и въ доктринѣ, и въ большинствѣ кодексовъ сводятся къ двумъ основнымъ институтамъ: къ необходимой оборонѣ и крайней необходимости [2]).

Различіе между этими двумя понятіями въ доктринѣ установляютъ или по различію силъ, создающихъ опасность, или же по различію объектовъ, на права или интересы коихъ направляется защита. Въ первомъ случаѣ, къ необходимой оборонѣ относятъ защиту противъ опасности, грозящей отъ злой воли человѣка (Rechtsnoth), а къ крайней необходимости—защиту противъ опасности, грозящей отъ силъ природы (Naturnoth). Во второмъ—подъ оборону подводятъ причиненіе вреда правамъ и благамъ нападающаго, а подъ крайнюю необходимость—причиненіе вреда третьимъ лицамъ или даже неисполненіе требованій закона, не соединенное съ причиненіемъ вреда отдѣльному лицу. Послѣднее дѣленіе сдѣлалось нынѣ господствующимъ и въ доктринѣ, и въ законодательствахъ, такъ какъ въ первомъ случаѣ за основаніе дѣленія берется признакъ, не имѣющій, какъ мы увидимъ далѣе, значенія;

---

1) Ср. мое изслѣдованіе о преступленіяхъ противъ жизни по русскому праву, т. I, №№ 137 и 146.

2) Иногда рядомъ съ ними ставятъ, какъ самостоятельныя формы—психическое принужденіе и право нужды, но оба эти понятія составляютъ по существу своему только частные случаи необходимости.

равнымъ образомъ, послѣднее дѣленіе положено въ основу нашего дѣйствующаго уголовнаго уложенія [1]).

Необходимая оборона [2]). Подъ необходимою обороною съ этой точки зрѣнія мы понимаемъ признаваемое непреступнымъ причиненіе вреда правоохраненнымъ интересамъ лица, нападающаго на насъ или на другихъ лицъ.

Такимъ образомъ, по отношенію къ оборонѣ, какъ и при предшествующихъ условіяхъ непреступности дѣянія, мы должны остановиться на двухъ основныхъ вопросахъ: на какихъ юридическихъ основаніяхъ покоится непреступность такой обороны и при какихъ условіяхъ оборона можетъ считаться необходимою?

Обращаясь къ исторіи, мы видимъ, что признаніе права обороны отъ грозящей опасности присуще всѣмъ законодательствамъ на всѣхъ ступеняхъ развитія, такъ что понятно возникновеніе ученія о томъ, что это есть право естественное, прирожденное человѣку, и что эта прирожденность служитъ основаніемъ законности обороны, что это есть одна изъ формъ проявленія борьбы за существованіе, охватывающей все мірозданіе. Такъ, еще римское право высказывало, что право обороны вытекаетъ изъ самой природы вещей, что «vim enim vi defendere omnes leges omniaque jura permittunt» (Fr. 45, § 4, D. 9, 2) или, какъ краснорѣчиво говорилъ Цицеронъ: «est igitur haec, judices, non scripta sed nata lex, quam non dedicimus, accepimus, legimus, verum ex natura ipsa arripuimus, hausimus, expressimus». На то же естественное основаніе обороны ссылались средневѣковые юристы, какъ Кларъ, Дамгудеръ, Карпцовъ; та же доктрина была поддерживаема представителями естественнаго права—Гуго Гроціемъ, Пуффендорфомъ и даже занесена въ нѣкоторые кодексы конца XVIII столѣтія, стремившіеся облечь принципы этой школы въ постановленія закона. Такъ, кодексъ для западной Галиціи 1797 г., въ § 29 постановлялъ, что «право защищать себя и ближнихъ принадлежитъ къ числу прирожденныхъ правъ» [3]). Даже и между новыми криминалистами [4]) мы встрѣчаемъ сторонниковъ такой

[1]) Calker, Vom Grenzgebiet zwischen Nothwehr und Nothstand. L. Z. XII, стр. 443—473; H. Tober, Die Grenzgebiete zwischen Nothstand und Nothwehr, 1894. Работа Калькера посвящена разбору сложныхъ случаевъ, когда обороняющійся причиняетъ вмѣстѣ съ тѣмъ и вредъ третьимъ лицамъ, когда напр. обороняющійся схватилъ чужую палку и обломалъ ее объ нападающаго.

[2]) Подробное указаніе литературы въ моемъ курсѣ, I, № 133, пр. 47. Изъ приведенныхъ тамъ монографій заслуживаютъ особеннаго вниманія: А. Кони, О необходимой оборонѣ, въ Моск. Унив. Извѣст. 1866.; Долопчевъ, О правѣ необходимой обороны, Ю. В. 1874 № 11, 12. Трудолюбивую, но не пригодную ни теоретически, ни практически, работу представляютъ сочиненія П. Пусторослева, Незамѣнимая саморасправа, 1889 г.; его-же, Понятіе о незамѣнимой самораспрaвѣ, 1890; Рейнгардтъ, Необходимая оборона, 1898; Г. Фельдштейнъ, О необходимой оборонѣ и ея отношеніи къ такъ называемому самоуправству, Ж. М. Ю. 1899 № 5; A. Berner, Die Nothwehrtheorie, Archiv, 1848 г., C. Levita, Das Recht der Nothwehr, 1856 г.; A. Geyer, Die Lehre von der Nothwehr, 1857 г.; Seeger, Abhandlungen aus dem Strafrechte, 1858 г.; Wessely, Die Befügnisse des Nothstandes und der Nothwehr nach österreichischen Rechte, 1862 г. Кромѣ того можно указать на рядъ статей Buri, Ueber Nothstand und Nothwehr въ G. за 1875 и 1878 гг. и въ Archiv für pract. Rechtswissenschaft за 1860 г. на статью Wahlberg, Der Rechtscharakter der Selbsthilfe und der Nothwehr въ Gesam. Schriften, т. III; K. Janka, Der strafrechtliche Nothstand, 1878 г., стр. 1—27; Stillmarck, Die Lehre von der Nothwehr, 1895.; Löffler, Unrecht und Nothwehr. L. Z. XXI; изъ французскихъ писателей Garraud, №№ 241—248; Lainé, №№ 241—257.

[3]) См. любопытныя указанія у Wahlberg, в. с., § 1. Онъ прибавляетъ, впрочемъ, что далѣе; при опредѣленіи границъ обороны, это прирожденное право сводится въ этомъ кодексѣ къ весьма незначительному объему.

[4]) Такъ, напр., большинство французскихъ криминалистовъ: Ortolan, F. Hélie, Trébutien, Lainé, изъ нѣмецкихъ—Schütze, Geib; у насъ—Кистяковскій, § 214. Средневѣковые криминалисты, какъ Carpzow, Matthäus, ссылались въ защиту права обороны и на священное писаніе и видѣли въ ней религіозную обязанность, нарушеніе которой является грѣхомъ противъ Бога и проступкомъ противъ себя и государства. Ср. Wessely, в. с., стр., 36.

аргументаціи, хотя нельзя не замѣтить, что ссылка на то, что оборона есть институтъ, присущій всякому общежитію, а потому прирожденный, составляетъ, собственно говоря, утвержденіе факта, а вовсе не его юридическое доказательство.

Такой же фактическій характеръ имѣло и противоположное направленіе, развившееся преимущественно въ нѣмецкой литературѣ, въ XVII и началѣ XVIII столѣтія, признававшее оборону не прирожденнымъ правомъ, а прямымъ остаткомъ эпохи частной мести и феодальныхъ порядковъ, видѣвшее въ ней попытку самовольнаго ограниченія абсолютной власти, а потому допускавшее ее въ весьма ограниченныхъ размѣрахъ съ цѣлымъ рядомъ стѣснительныхъ условій [1].

Попытки дѣйствительнаго юридическаго обоснованія обороны являются съ конца прошлаго столѣтія и притомъ, въ особенности въ Германіи, крайне разнообразнаго характера [2]. Послѣдователи Фихте (Zöpfl, Nothwehr въ Archiv 1842 и 1843 гг.) признавали основаніемъ правомѣрности уничтоженіе возможности совмѣстнаго существованія нападающаго и обороняющагося, а черезъ то—уничтоженіе господства юридическаго порядка, вслѣдствіе чего защита являлась если и не правомѣрною, то юридически безразличною. Другіе (Stolzer, Jarcke, Temme, Hye Glüneck) обосновывали оборону тѣмъ, что обороняющійся находился въ состояніи, устраняющемъ вмѣняемость. Наконецъ, гегеліанцы видѣли въ ней одинъ изъ способовъ утвержденія господства права и уничтоженія единичной воли, противопоставившей себя абсолютной волѣ, т. е. находили тѣ же основанія охраны, какъ и для наказанія—существо неправды, ея ничтожество [3].

На какихъ же основаніяхъ можетъ быть дѣйствительно построено право обороны? Прежде всего, оно заключается въ субъективныхъ условіяхъ дѣянія, въ особенности въ волѣ обороняющагося. Государство считаетъ преступнымъ или сознательно заявленное виновнымъ неуваженіе къ требованіямъ права и закона, умышленное посягательство на правоохраненный интересъ, или, по крайней мѣрѣ, выказавшееся въ преступномъ дѣяніи легкомысліе, небрежность. Ни одинъ изъ этихъ признаковъ преступной воли не существуетъ при оборонѣ: дѣятельность обороняющагося опредѣляется только стремленіемъ охранить интересы отъ грозящей неправомѣрной опасности; стимуломъ дѣйствія является принужденіе, а не испорченность, грозящая опасностью общественному спокойствію. Съ этой точки зрѣнія нельзя не признать оборону извинительною, непротивозаконною.

Но, всматриваясь ближе въ юридическое значеніе оборонительныхъ дѣйствій, мы увидимъ въ нихъ другой не менѣе важный моментъ—объективный, отличающій ихъ отъ дѣяній преступныхъ: мое вторженіе въ право другаго имѣетъ производный характеръ; я употребляю силу, предупреждая или преступное дѣяніе—убійство, поджогъ, изнасилованіе, или же хотя и непреступное, но и неправомѣрное дѣяніе. Это свойство моего дѣйствія должно быть принято въ разсчетъ при его оцѣнкѣ.

Ненарушимость правоваго порядка, возможность для каждаго пользоваться правами и благами, ему принадлежащими, есть необходимое условіе суще-

---

1) Полнымъ выразителемъ этого направленія въ позднѣйшей литературѣ можетъ служить сочиненіе Gratenauer, Ueber die Nothwehr, 1806 г.

2) Обзоръ различныхъ теорій у Köstlin, стр. 76 и сл.; Levita, стр. 22—30; Jancka, стр. 11—19; мой курсъ, I, № 134—135.

3) Выходя изъ идей ничтожества неправды, эта школа приходитъ къ признанію не только права, но и обязанности обороны. Въ особенности развиваютъ эту сторону Michelet и Richter. Впрочемъ, нѣкоторые другіе писатели той же школы, какъ Köstlin, Levita, хотя и признаютъ правомѣрность обороны, но видятъ въ ней уступку, сдѣланную частнымъ лицамъ государственною властью.

ствованія всякаго цивилизованнаго общества. Въ государствѣ эта охрана лежитъ на общественной власти и выражается какъ въ уничтоженіи послѣдствій совершившихся нарушеній, такъ и въ предупрежденіи ихъ, отъ кого бы эти посягательства ни исходили.

Но какъ въ той, такъ и въ другой сферѣ охранительной дѣятельности государственная власть не можетъ дѣйствовать безъ помощи другихъ факторовъ общественной жизни. Семья, школа, община не только раздѣляютъ съ государствомъ власть карательную, въ формѣ власти дисциплинарной, но участвуютъ вмѣстѣ съ тѣмъ и въ его заботахъ о предупрежденіи нарушеній.

На тѣхъ же основаніяхъ вкладывается въ предупредительную дѣятельность частное лицо; мало того, оно играетъ въ этомъ отношеніи едва ли не главную роль. Государство можетъ пытаться устранить причины нарушеній правоохраненныхъ интересовъ, можетъ уменьшать условія, содѣйствующія ихъ совершенію, но оно не въ состояніи предвидѣть и предотвратить каждое отдѣльное правонарушеніе. Оно не можетъ даже и ставить своею задачею охраненіе каждаго индивидуума въ каждый моментъ его жизни: какъ рѣдко могло бы оно предупреждать кражу или грабежъ, или опасность, грозящую отъ злыхъ собакъ, разлива рѣкъ, обваловъ, если бы ему не помогали благоразуміе, замки и запоры частныхъ лицъ!

Государство, предупреждая посягательство на правоохраненные интересы, не ограничивается пассивными мѣрами, не относящимися прямо къ лицу, посягающему на правовый порядокъ; оно нерѣдко идетъ далѣе и ограничиваетъ свободу предполагаемыхъ нарушителей, уничтожаетъ ихъ; еще чаще получаетъ такой активный характеръ предупредительная дѣятельность частныхъ лицъ, благодаря самымъ условіямъ нападенія, его реальному характеру.

По этимъ соображеніямъ оборона является необходимымъ дополненіемъ охранительной дѣятельности государства, и повреждение, причиненное интересамъ нападающаго, представляется не только непротивозаконнымъ или извинительнымъ, но и правомѣрнымъ [1]).

Къ этому нельзя не прибавить, что такое право обороны, какъ учила и школа естественнаго права, не создается государствомъ, а только признается и санкціонируется имъ. Его конкретное проявленіе, конечно, зависитъ отъ недостатковъ организованной государственной охраны, но его внутренняя сущность опирается на существо идей государственнаго общежитія и права, какъ регулирующаго и охраняющаго элемента общественной жизни. Уступка государственной власти охраны личности и ея правъ, сдѣланная частными лицами и общиною при сформированіи государства, предполагаетъ реальную, а не фиктивную охрану, и только въ томъ случаѣ личная охрана не можетъ имѣть мѣста, когда ненарушимость правъ, порядокъ и спокойствіе дѣйствительно охранены государствомъ; съ другой стороны, понятіе о правѣ, какъ

---

1) Вѣрныя замѣчанія дѣлаетъ по этому поводу Hälschner, Strafrecht, § 189; ту же мысль проводятъ: Неклюдовъ, конспектъ, § 18; Garraud, № 241; Liszt, § 32; H. Meyer, § 39, а въ особенности Binding, Handbuch, § 150.; Іанка, § 58, разсматриваетъ необходимую оборону, какъ особую форму «Rechtsgüterschützes».

практическомъ распорядкѣ общественной жизни, совмѣщаетъ въ себѣ идею о цѣли—охрана интересовъ и господство правоваго порядка, и идею о средствахъ для осуществленія этой цѣли—неуклонная борьба за право противъ неправа или, общнѣе, противъ незаконнаго посягательства на него, и притомъ какъ въ области публичной, такъ и частной. Въ идеѣ объ обладаніи правомъ заключается представленіе не только о пользованіи имъ, но и объ охранѣ его отъ нарушеній; въ этомъ смыслѣ можно утверждать, что оборона есть прирожденное право [1]).

Такимъ образомъ, отраженіе незаконнаго нападенія на правоохраненные интересы, со всѣми послѣдствіями, изъ сего отраженія вытекающими, составляетъ дѣяніе не только извиняемое, а потому и непреступное, но даже, въ особенности въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ оборона направлена противъ преступныхъ посягательствъ, является осуществленіемъ права.

125. Второй особенно важный практическій вопросъ представляетъ установленіе условій и предѣловъ законной обороны. Если исполненіе закона и осуществленіе права, какъ мы видѣли, дѣлаютъ учиненное непреступнымъ только при извѣстныхъ условіяхъ, то еще съ большимъ основаніемъ эта ограниченность примѣняется къ институту обороны, границы которой измѣняются исторически, въ прямой зависимости отъ положенія личности въ государствѣ [2]).

Исторія необходимой обороны въ нашемъ правѣ представляетъ, особенно въ древнѣйшемъ его періодѣ, значительное сходство съ правомъ древнегерманскимъ и римскимъ. Въ эпоху господства частной мести право самозащиты входитъ въ понятіе мести, какъ въ понятіе родовое, а потому эта эпоха не знаетъ особыхъ постановленій о правѣ обороны: если обычное право предоставляло отдѣльному лицу и его семьѣ наказать того, кто посягнулъ на его право, если оно не считало возможнымъ поставить какіе нибудь предѣлы для его самоуправства, то, конечно, не могло быть и рѣчи о регламентаціи обороны;

---

1) Значеніе борьбы за право, какъ элемента идеи права, превосходно развито Іерингомъ въ его der Kampf um's Recht, 1872 г.; особенно стр. 95; см. также Ianka, стр. 20 и сл.

2) Подробныя указанія по исторіи необходимой обороны въ римскомъ и древненѣмецкомъ правахъ и въ средневѣковой юриспруденціи можно найти въ указанныхъ выше сочиненіяхъ Levita и Seeger, а также Jhering, Geist des römischen Rechts, въ 1-мъ томѣ. По французскому праву у Ortolan, № 436; по нашему праву въ монографіи А. Кони, стр. 79 и сл., а также въ моемъ курсѣ, I, № 136. Хотя признаніе дѣяній, учиненныхъ въ оборонѣ, ненаказуемыми появилось въ исторіи весьма рано, но тѣмъ не менѣе замѣчаніе Гейба, что оборона не имѣетъ исторіи, представляется не точнымъ, такъ какъ измѣнялись ея условія и объемъ. Исторически прежде всего выдвинулись нѣкоторые важнѣйшіе случаи обороны, а именно: причиненіе обороняющимся убійства или тѣлеснаго поврежденія Такъ, въ римскомъ правѣ только въ позднѣйшемъ періодѣ встрѣчается обобщенное понятіе объ оборонѣ; въ германскомъ правѣ постановленія объ оборонѣ относились къ особенной части, а именно къ убійству, не только въ Каролинѣ, но и въ партикулярныхъ кодексахъ, напр., въ брауншвейгскомъ 1842 г.; въ Австріи въ Терезіанѣ и въ кодексѣ 1803 г.; а французскій кодексъ и нынѣ объ оборонѣ говоритъ въ раздѣлѣ объ убійствѣ и тѣлесныхъ поврежденіяхъ, хотя, впрочемъ, его система порицается всѣми французскими криминалистами—Ортоланомъ, Гарро, Лене. Въ современной нѣмецкой литературѣ отнесеніе ученія о необходимой оборонѣ къ общимъ институтамъ уголовнаго права не возбуждаетъ никакихъ сомнѣній. Изъ нашихъ криминалистовъ только А. Лохвицкій разсматриваетъ, почему то, ученіе объ оборонѣ въ особенной части.

только съ попытками ограниченія права мести встрѣчаются отдѣльныя постановленія и объ оборонѣ. Такъ, упоминанія объ оборонѣ можно усмотрѣть въ ст. 6 договора Олега съ греками, а въ особенности въ русской правдѣ, которая останавливается главнымъ образомъ на охранѣ имущественныхъ правъ, дозволяя убить татя, пойманнаго на мѣстѣ преступленія, въ пса мѣсто, даже безотносительно къ общественному положенію убитаго (академ. спис. ст. 20— аже оубіють огнащанина оу клѣти... а тоже поконъ тивоуницоу), хотя очевидно, что это право лишенія жизни относилось къ тѣмъ случаямъ, когда пойманный тать оказалъ сопротивленіе, такъ какъ въ правдѣ говорилось (ак. сп. ст. 38): «аще ли до свѣта держать, то вести его на княжь дворъ, а ежели оубьють, а люди боудоуть видѣли связанъ, то платити въ немь». Въ ростовскомъ спискѣ къ этой статьѣ сдѣлано любопытное добавленіе, встрѣчающееся, впрочемъ, и въ древне-нѣмецкомъ правѣ: «оже оубіенъ тать, а подымуть ноги во дворѣ, ино оубитъ, оли подымуть ноги за вороты, толи платити въ немъ». Относительно же допустимости обороны противъ посягательства на личность, можно вывести доказательство изъ постановленій правды объ убійствѣ или тѣлесномъ поврежденіи, вызваннымъ убитымъ: «не терпя ли противоу тому тнетъ мечемъ, то вины емоу въ томъ нѣтъ» [1]).

Затѣмъ ни въ уставныхъ, ни въ судныхъ грамотахъ, ни въ судебникѣ [2]), не встрѣчается никакихъ постановленій о необходимой оборонѣ, но за то въ уложеніи царя Алексѣя Михаиловича мы встрѣчаемъ цѣлый рядъ относящихся сюда постановленій, которыя подтверждены въ новоуказныхъ статьяхъ 1669 г. (п. с. з. 441) и въ указѣ 1680 г. ноября 10 (п. с. з. 843). Постановленія уложенія о необходимой оборонѣ не представляютъ никакой системы и разбросаны въ отдѣльныхъ главахъ (X гл. ст. 105; 200, 201; XXI ст. 59, 88, 89; XXII, ст. 16, 21), но на право обороны оно смотрѣло очень широко. Такъ въ ст. 201, главы X, дозволяя убить нападающаго на домъ, уложеніе прибавляетъ характеристичное выраженіе: «а кого онъ убьетъ, и ему то убійство учинится отъ себя: не пріѣзжай въ чужой домъ насильствомъ». Оборона допускается въ защиту правъ защищающагося и другихъ лицъ, въ защиту жизни, здоровья, цѣломудрія женщинъ, въ защиту имуще-

---

[1]) Ср. мой курсъ № 136; Н. Калачовъ, Изслѣдованіе о русской правдѣ, стр. 113; Владимірскій-Будановъ, Хрестоматія, стр. 37; Суховъ, Обычно-народныя и княжескія наказанія по древнерусскому праву. Ю. В. 1873 г. кн. 7, стр. 55 и сл.; Долопчевъ, стр. 32 и сл.; Фельдштейнъ, стр. 64 и сл., вслѣдъ за Сергѣевичемъ, сомнѣвается въ томъ, чтобы постановленія этой эпохи регулировали право обороны, но любопытно, что вмѣсто разбора статей памятниковъ—авторъ ссылается на общія положенія—что оборона несовмѣстна съ правомъ мести, хотя эпоха правды есть эпоха ограниченія мести; далѣе, онъ говоритъ, что въ цитируемыхъ обыкновенно статьяхъ нужно видѣть отраженіе воззрѣній греческаго и моисеева права, хотя едва ли кто сомнѣвается въ вліяніи и того и другого права на наше: вопросъ лишь въ томъ, содержатся ли въ постановленіяхъ этой эпохи указанія на оборону и ея предѣлы, какъ естественное ограниченіе права мести? А на это отвѣтъ несомнѣнно долженъ быть утвердительный. Wilda, Strafrecht der Germanen, стр. 165; Grimm, Rechtsalthertümer изд. 1828 г. стр. 628, сопоставляетъ указанія правды съ постановленіями сѣверо-нѣмецкихъ правъ (Ostgotolag).

[2]) Но въ дополнительныхъ указахъ къ судебнику приведенъ одинъ весьма любопытный случай обороны: «если кто на кого въ городѣ засѣлъ на подсады, а тотъ остережется и самого его убьетъ». Ср. Власьевъ, о вмѣненіи, стр. 216.

ства и притомъ не только въ случаѣ поимки вора на мѣстѣ, но даже и тогда, когда воръ бѣжалъ, но былъ догнанъ хозяиномъ и оказалъ ему сопротивленіе, и, наконецъ, въ защиту неприкосновенности жилища. Что касается условій обороны, то уложеніе довольствовалось только общимъ положеніемъ, чтобы оборона соотвѣтствовала нападенію, предполагая притомъ, что нападеніе было противозаконно, такъ какъ, напр., тать или разбойникъ никоимъ образомъ не могъ сопротивляться противъ преслѣдовавшихъ его и подлежалъ смертной казни даже за нанесеніе имъ ранъ [1]).

Совсѣмъ иначе отнесся къ оборонѣ воинскій уставъ Петра Великаго, перенеся къ намъ ограниченное понятіе объ оборонѣ, создавшееся подъ вліяніемъ феодальной борьбы. Артикулъ 156, говоря о нужномъ обороненіи, допускалъ «оборонительное сопротивленіе для обороны живота своего (Leib und Leben въ нѣмецкомъ текстѣ), а толкованіе къ артикулу 185 прибавляло: «вора, который въ ночи въ домъ ворветца, безъ страха наказанія умертвить, ежели его безъ своего опасенія преодолѣть было не возможно», но при этомъ уставъ добавлялъ объясненіе такого права: «ибо надлежитъ разсудить, что воръ не для единой кражи, но чтобы и умертвить, въ домъ ночью врывается». Стѣснительно смотрѣлъ уставъ и на мѣру обороны, требуя, что «всякій долженъ (ежели задранъ будетъ) столько долго уступать, елико возможно, и такъ безъ смертнаго убійства изъ страха спастись», запрещая всякія насильственныя дѣйствія противъ нападающаго, который уже уступилъ и бѣжалъ, и затѣмъ постановляя, что нужно «такимъ же образомъ обороняться, какимъ образомъ кто отъ кого нападенъ будетъ». Во всякомъ случаѣ тотъ, кто сослался на оборону, долженъ не только доказать, что на него напали, но что онъ не могъ уступить или уйти безъ опасенія смертнаго [2]).

Проектъ уголовнаго уложенія Елизаветинской комиссіи 1754 г. посвятилъ особую главу (26) «нужному обороненію», въ которой, впрочемъ, механически воспринялъ постановленія уложенія 1649 г. и воинскаго устава. Проектъ 1813 г. (ст. 19, 20, 21) отнесъ необходимую оборону къ обстоятельствамъ, устраняющимъ вмѣненіе въ вину. Оборона допускалась въ защиту жизни, чести и имущества, какъ своего, такъ и другихъ лицъ, особенно ближнихъ, но оборона противъ родителей ни въ какомъ случаѣ не допускалась (§ 378). Опасность должна была быть настоящая и дѣйствительная, а потому оборона прекращалась, какъ скоро воспослѣдовала достаточная помощь и защита, но за то проектъ ввелъ одно новое условіе, неизвѣстное прежнимъ постановленіямъ, что защищающійся не упустилъ искать помощи правительства, или не имѣлъ способа прибѣгнуть къ сему средству. Объ убійствѣ, учиненномъ въ оборонѣ, требовалась заявка, не позднѣе 3-хъ дней, иначе извиненіе обороною не принималось.

---

1) Подробный разборъ у Долопчева, в. с.

2) Для военнослужащихъ въ случаѣ нападенія на нихъ начальника объемъ обороны еще болѣе съуживался (арт. 24): «также и тотъ живота лишенъ будетъ, который въ сердцахъ противъ своего начальника за оружіе свое примется», а въ толкованіи разъяснено: «никакой офицеръ, ни солдатъ, не можетъ оправдатися, хотя съ нимъ отъ фельдмаршала и генерала непристойнымъ образомъ поступлено будетъ и ему отъ нихъ нѣкоторымъ образомъ оскорбленіе славы учинится, ибо почтеніе генеральству всеконечно и весьма имѣетъ ненарушимо быть».

Воззрѣнія Петровскаго законодательства не привились къ нашему праву [1]). Правда, сводъ законовъ пытался было соединить систему уложенія 1649 г. и воинскаго устава, несмотря на полную ихъ противоположность; но уложеніе 1845 г. возвратилось въ своихъ весьма подробныхъ постановленіяхъ (ст. 101—103) объ оборонѣ къ системѣ нашего стараго права; эти же начала приняты и въ дѣйствующемъ уголовномъ уложеніи, которое постановляетъ: «не почитается преступнымъ дѣяніе, учиненное при необходимой оборонѣ противъ незаконнаго посягательства на личныя или имущественныя блага самого защищавшагося или другаго лица».

126. Обращаясь къ анализу условій обороны, мы должны отдѣлить два ея момента: нападеніе, создающее опасность, и защиту, устраняющую опасность. Я начну съ перваго момента.

Причиною опасности, грозящей правоохраненнымъ интересамъ, могутъ быть прежде всего силы природы или животное. Въ жизни мы принимаемъ различныя мѣры для защиты себя отъ опасностей этого рода: мы ограждаемся плотиною отъ наводненія, брандмауерами отъ пожаровъ; въ тѣхъ случаяхъ, когда нападающимъ является животное, домашнее или дикое, которое, защищаясь, мы можемъ убить, искалѣчить, наша защита получаетъ внѣшнюю форму обороны; но такъ какъ наши отношенія къ животнымъ, съ точки зрѣнія уголовнаго права, не имѣютъ юридическаго значенія, то и охранительныя дѣйствія противъ нихъ, сами по себѣ взятыя, должны быть исключены изъ института обороны въ тѣсномъ смыслѣ. Но измѣняется ли вопросъ, если дѣйствія защищавшагося нарушаютъ чьи либо имущественныя права? Если, защищаясь противъ быка или собаки, я причиняю имъ увѣчье, и тѣмъ причиняю вредъ ихъ владѣльцу, то могу ли я сослаться въ этихъ случаяхъ, при предъявленіи ко мнѣ обвиненія въ истребленіи чужаго имущества или при требованіи вознагражденія за убытокъ, на то, что я находился въ состояніи обороны? Я полагаю, что только въ томъ случаѣ, когда это животное было натравлено или науськано на меня кѣмъ либо, такъ что является простымъ орудіемъ въ рукахъ нападающаго на меня человѣка, можно говорить о необходимой оборонѣ, ибо въ этомъ случаѣ нападающимъ является въ дѣйствительности человѣкъ; но если животное напало по собственной иниціативѣ, то такого столкновенія лица съ лицомъ не существуетъ. Охранительныя мѣры противъ нападающаго животнаго со стороны объективной несомнѣнно остаются охраною, оборонною и только не имѣютъ юридическаго значенія, не затрогивая область права [2]).

---

1) Постановленія воинскаго устава отразились также на постановленіяхъ сельско-судебнаго устава въ ст. 458.

2) Ср. мой курсъ, I, № 138; то же мнѣніе защищаетъ Гельшнеръ, Янка, H. Meyer. При первомъ изданіи лекцій (II № 428) я, въ виду крайне ограниченнаго объема крайней необходимости по нашему праву и невозможности признать защищавшагося при подобномъ условіи отвѣтственнымъ, отступилъ отъ прежняго взгляда, но съ введеніемъ дѣйствующаго уложенія только что указанныя практическія соображенія утратили силу, и я снова возвращаюсь къ прежнему взгляду. Да простятъ мнѣ сіе легкомысліе. За примѣненіе въ этихъ случаяхъ правилъ о необходимой оборонѣ—Levita, стр. 186, Binding, Handbuch, стр. 736, Фингеръ, Вальбергъ, Liszt. Туръ въ своей монографіи о крайней необ-

Но если нападеніе происходитъ отъ лица, то для понятія обороны безразлично, было ли это лицо дѣеспособно, или нѣтъ. Нападеніе на насъ сумасшедшаго или ребенка, или безчувственно пьянаго, вредъ, грозящій намъ отъ случайныхъ дѣйствій кого либо, несомнѣнно могутъ вызвать съ нашей стороны охрану нашихъ благъ и притомъ иногда такую, которая заключаетъ въ себѣ насиліе противъ нападающаго, уничтоженіе или разрушеніе ихъ правъ, и такъ какъ таковая охрана возникаетъ между людьми, то она несомнѣнно подходитъ подъ юридическое понятіе обороны. При этомъ безразлично, зналъ ли оборонявшійся о недѣеспособности нападающаго, или нѣтъ. Сторожъ при домѣ умалишенныхъ, котораго душитъ находящійся въ этомъ домѣ больной, несомнѣнно имѣетъ право обороны. Указаніе на то, что отражаемое дѣяніе не преступно, а потому и оборона противъ него не правомѣрна, съ одной стороны, не точно, такъ какъ это нападеніе только не вмѣняемо нападающему въ вину, хотя по условіямъ его совершенія и преступно, а съ другой, оборона сохраняетъ свой правомѣрный характеръ, какъ скоро нападеніе не было дозволено закономъ, хотя бы оно само по себѣ и не было преступно [1]).

127. Обычною формою обороны является, конечно, защита противъ нападенія лица вмѣняемаго. При этомъ безразлично, было ли нападеніе умышленное или являлось послѣдствіемъ неосторожности; осуществлялъ ли нападающій личныя, эгоистическія цѣли, или дѣйствовалъ вообще изъ какихъ либо иныхъ побужденій, было ли бы нападеніе, если бы оно осуществилось, наказуемымъ дѣяніемъ, или нѣтъ. Безразлично, была ли угрожающая опасность безусловна или условна, т. е. являлась послѣдствіемъ неисполненія какого либо обращеннаго къ оборонявшемуся противозаконнаго требованія, предполагая, конечно, наличность другихъ условій обороны [2]).

Но, во всякомъ случаѣ, оборона допустима только противъ нападенія, не основывающагося на законѣ или правѣ, или, какъ говоритъ уложеніе, «противъ незаконнаго посягательства». Оборона не можетъ служить оправданіемъ, какъ скоро уступка права была обязательна. Съ точки зрѣнія инди-

---

ходимости приходитъ къ тому выводу, что съ точки зрѣнія гражданскаго права подъ понятіе необходимой обороны подходятъ охранительныя мѣры не только противъ животныхъ, но и противъ вещей, такъ что идетъ далѣе и Биндинга и Листа. Напротивъ того, Меркель и Титце, въ ихъ монографіяхъ о крайней необходимости въ области гражданскаго права, защищаютъ основное положеніе, что оборона, какъ правовой институтъ, возможна только между субъектами правъ, т. е. людьми. Ср. Titze, стр. 17, прим. 54.

1) Впрочемъ, изъ германскихъ криминалистовъ многіе видятъ здѣсь крайнюю необходимость, какъ Martin, Berner, Schütze, Hälschner, H. Meyer, Geyer, Janka—стр. 33—39; Stammler и др. Тоже Н. Сергѣевскій, стр. 265, прим. 2, основываясь на томъ, что въ этихъ случаяхъ нѣтъ противозаконности нападенія, которое составляетъ основное условіе законности необходимой обороны. Но недоразумѣніе заключается въ томъ, что условіемъ обороны является отсутствіе правомѣрности нападенія, а слѣдовательно его противозаконность. Нельзя же признать указанныя въ текстѣ посягательства правомѣрными или законными. Въ защиту взгляда, высказаннаго въ текстѣ: Levita, стр. 185; Wessely, стр. 56; Liszt, § 32, Binding, Handbuch, стр. 739; его соображенія, впрочемъ, имѣютъ преимущественно въ виду непримѣнимость къ случаямъ этого рода постановленій германскаго кодекса о крайней необходимости; F. Hélie, IV, № 1339; Кони, стр. 22 и сл.; Кистяковскій, курсъ, № 219; Wächter, Sächsisches Strafrecht, стр. 314, пр. 3, разсматриваетъ эти случаи, какъ особый видъ самопомощи.

2) Ср. въ особенности Binding, Handbuch, стр. 738; H. Meyer, § 39, признаетъ оборону возможною и противъ «бездѣйствія», но примѣровъ этого рода не приводитъ.

видуума, всякое благо неприкосновенно; но въ обществѣ и государствѣ, въ интересахъ сосуществованія, ради тѣхъ выгодъ, которыя доставляетъ организованная общественная жизнь каждому гражданину, приходится, добровольно или по необходимости, поступаться своими благами, начиная отъ ничтожныхъ имущественныхъ и кончая жизнью. Одни изъ этихъ ограниченій вытекаютъ изъ самой природы общежитія, другія зависятъ отъ особенностей государственной организаціи, отъ подавленности и ограниченности отдѣльной личности въ интересахъ ли господствующихъ классовъ, или въ интересахъ государственной власти. Во всѣхъ подобныхъ случаяхъ защита блага или права противу лица, требующаго законно его уступки, будетъ составлять не правомѣрное, а преступное дѣяніе; на этомъ основаніи не допустима, напр., оборона противъ обороны. Разбойникъ, убившій свою жертву, не можетъ ссылаться въ свое оправданіе, что убилъ, встрѣтивъ сопротивленіе со стороны потерпѣвшаго, встрѣтивъ оборону.

Но «вынужденность нападенія» не должна быть смѣшиваема «съ заслуженностью нападенія», которая прежде ставилась условіемъ обороны многими теоретиками. Если я раздразнилъ кого нибудь, возбудилъ противъ себя, то мой поступокъ можетъ служить извиненіемъ послѣдняго, но не дѣлаетъ меня безправнымъ по отношенію къ нему [1]).

Поэтому, отрицая право обороны противъ обороны, мы должны, однако, признать таковое право по отношенію къ превышенію предѣловъ обороны: воръ, захваченный на мѣстѣ кражи, не можетъ юридически обороняться противъ дѣйствій, направленныхъ на отнятіе у него вещи или на его заарестованіе, но онъ можетъ защищаться противъ побоевъ, наносимыхъ ему въ отместку за кражу; лицо, нанесшее другому тяжкое оскорбленіе, тѣмъ не менѣе можетъ защищаться противъ направленнаго на него оскорбленнымъ удара; жена и ея любовникъ, захваченные in flagranti мужемъ, могутъ, тѣмъ не менѣе, защищаться противъ его ударовъ и притомъ даже въ томъ случаѣ, когда мѣстное законодательство, какъ, напр., кодексъ французскій, признаетъ убійство, учиненное мужемъ при такихъ обстоятельствахъ, извиняемымъ [2]).

Нѣкоторыя сомнѣнія въ этомъ отношеніи могутъ возникнуть въ случаяхъ обороны противу дѣяній, хотя и неправомѣрныхъ, но и не преступныхъ, напр., въ случаѣ возбужденія къ нападенію ребенка, умалишеннаго, животнаго: человѣкъ раздразнилъ завѣдомо умалишеннаго и затѣмъ убилъ его, защищаясь отъ его нападенія, или убилъ чужую собаку, имъ же самовольно спущенную съ цѣпи и бросившуюся на него. Въ подобныхъ случаяхъ, казалось бы, вполнѣ возможно допустить отвѣтственность, конечно, не за умышленное, а за неосторожное лишеніе жизни, поврежденіе имущества и т. д.

Болѣе спорнымъ въ доктринѣ является вопросъ объ оборонѣ противу лицъ, находящихся въ состояніи крайней необходимости, хотя, по моему мнѣнію, и въ этомъ случаѣ отвѣтъ долженъ быть утвердительный [3]). Если

---

1) Незаслуженность нападенія ставили условіемъ обороны: Böhmer, Quistorp, Grollmann, Feuerbach, § 38, Geyer; contra—Wächter, Köstlin, Levita, Hälschner, Liszt.

2) Ср. F. Hélie, IV, № 1345.

3) Противоположное мнѣніе защищаютъ: Köstlin, Levita, Wessely, и вообще всѣ тѣ, которые

кто либо, спасаясь отъ наносимыхъ ему ударовъ, пытается схватить кого нибудь и подставить вмѣсто себя подъ удары, то несомнѣнно, что то лицо, противъ котораго дѣлается подобная попытка, имѣетъ право обороны; лицо, находящееся въ состояніи голодной нужды, можетъ безнаказанно украсть что либо съѣстное, но можно ли отсюда сдѣлать такой выводъ, чтобы владѣлецъ съѣстнаго юридически былъ бы лишенъ права охраны своей собственности отъ похитителя?

Далѣе, оборона теряетъ свое юридическое значеніе, какъ скоро нападеніе было вызвано обороняющимся въ видахъ устраненія отвѣтственности за исполненіе задуманнаго имъ преступнаго дѣянія: если кто либо, задумавъ убійство, привелъ свою жертву въ состояніе раздраженія, выразившееся въ насильственномъ нападеніи на вызвавшаго, а затѣмъ, подъ видомъ обороны, осуществилъ свой преступный умыселъ, то онъ долженъ отвѣчать за убійство; въ этомъ случаѣ свойства воли парализуютъ объективное значеніе обороны [1]).

Наконецъ, оборона не служитъ оправданіемъ, если ограниченіе или лишеніе обороняющагося какихъ либо правъ было выполненіемъ требованій закона или обязательнаго приказа, или осуществленіемъ дисциплинарной власти, или даже дозволеннымъ закономъ осуществленіемъ частнаго права. Поэтому, ссылка на оборону не можетъ имѣть юридическаго значенія, какъ скоро, напр., защита была употреблена противъ судебнаго пристава, описывающаго имущество, или исполняющаго приказаніе предсѣдателя суда объ очисткѣ зала засѣданія; противъ полицейскаго, отводящаго забушевавшаго въ участокъ; противъ хозяина луга, задержавшаго скотъ, захваченный на потравѣ и т. д.

Если оборона юридически не допустима противу дѣйствій правомѣрныхъ, то не слѣдуетъ ли отсюда, что она вообще не допустима противъ дѣйствій органовъ власти? [2])

Въ офиціальныхъ мотивахъ къ баварскому уложенію 1813 г. отвѣтъ на это давался утвердительный: всякій, говорилось тамъ, можетъ безнаказанно не исполнять незаконный приказъ власти, но фактическое сопротивленіе такому распоряженію не можетъ быть оправдано. Въ кодексахъ виртембергскомъ и баденскомъ признавали наказуемымъ, хотя и въ меньшей степени, сопротивленіе и незакономѣрнымъ распоряженіямъ власти; въ первоначальныхъ проектахъ германскаго уложенія, относительно наказуемости сопротивленія дѣйствіямъ органовъ власти, также не содержалось условія закономѣрности этихъ дѣйствій; но это условіе было внесено въ окончательную редакцію закона и право обороны противъ незаконныхъ дѣйствій власти весьма широко признается какъ комментаторами, такъ и Reichsgericht'омъ.

Французскій кодексъ въ своихъ постановленіяхъ о сопротивленіи власти не содержитъ никакихъ прямыхъ указаній по этому вопросу, и онъ

признаютъ наличность такъ называемаго «права необходимости». Ср. Hälschner, Strafrecht, № 195; Janka, стр. 254.

1) Ср. Binding, Normen, II, стр. 204. Contra—Hälschner, Strafrecht § 191, пр. 2.

2) См. спеціальную монографію Kallina, Nothwehr gegenüber Amtshandlungen, 1898 г.; Фельдштейнъ, стр. 74 и сл.

считается весьма спорнымъ во французской практикѣ [1]) и доктринѣ. Низшія судебныя мѣста постоянно и настойчиво развивали юридическую допустимость обороны противъ незаконныхъ дѣйствій власти; напротивъ того, кассаціонный судъ въ рядѣ рѣшеній защищалъ противоположное воззрѣніе, признавая возстаніемъ всякое насильственное сопротивленіе должностнымъ лицамъ, исполняющимъ законъ или законное распоряженіе власти, и притомъ безотносительно къ правильности или неправильности этихъ дѣйствій, такъ какъ частное лицо не имѣетъ права быть судьею дѣйствій должностныхъ лицъ, а неправильность этихъ дѣйствій можетъ только служить основаніемъ ихъ обжалованія [2]).

Въ доктринѣ представителемъ ученія о недопустимости обороны противъ дѣйствій органовъ власти является Ягеманнъ [3]), опирающійся главнымъ образомъ на тотъ аргументъ: «что при защитѣ противоположной теоріи придется допустить оборону противъ высшихъ сановниковъ и даже противъ высшей власти; придется проложить дорогу къ законной революціи»; что такъ какъ должностное лицо отвѣчаетъ за всякое превышеніе власти, то граждане, пострадавшіе отъ его незаконныхъ дѣйствій, всегда могутъ привлечь его къ отвѣтственности предъ компетентнымъ лицомъ и такимъ образомъ получить удовлетвореніе.

Но это ученіе, жертвующее интересамъ власти отдѣльную личность, со всѣми ея правами и благами, при его послѣдовательномъ проведеніи возбуждаетъ значительныя сомнѣнія.

Съ одной стороны, даже въ монархіяхъ неограниченныхъ общая воля персонифицируется только въ лицѣ самодержца, а не въ органахъ, ему подчиненныхъ, какъ бы высоко они ни стояли на служебной лѣстницѣ; мы не можемъ себѣ представить такой органъ власти, котораго всякое дѣйствіе всегда и безусловно было бы правомѣрно, а потому и исключало бы право обороны. Съ другой стороны, не удовлетворительно и указаніе на замѣну права обороны правомъ обжалованія дѣйствій власти. Правильно функціонирующій государственный организмъ, охраняя права и интересы гражданъ, долженъ дѣйствительно предоставить каждому, во-1-хъ, право обжалованія въ установленномъ

---

1) Подробныя указанія французской практики приведены въ комментаріи Dalloz, подъ ст. 209.

2) Ср. Blanche IV, № 46; въ особенности подробно была развита эта доктрина еще въ рѣшеніи 22 Августа 1827 г., и позднѣе—въ рѣшеніи 27 Августа 1867 г. Разборъ этой практики у F. Hélie, Théorie, III, № 819 и сл.; за допустимость обороны противъ органовъ власти высказывается большинство новыхъ французскихъ криминалистовъ—Ортоланъ, Гарро, Лене, Требютьенъ. Ср. въ особенности Garraud, Traité, III, № 380.

3) Jagemann, Ueber das Verbrechen der Widersetzlichkeit gegen die öffentliche Gewalt, Archiv, 1842 и 1843 гг. Разборъ этой теоріи у H. Zachariä, Ueber Strafbarkeit der Widersetzlichkeit gegen öffentliche Beamten, Archiv, 1843 г.; K. Hiller, Die Rechtmässigkeit der Amtsausübung im Begriffe der Widersetzlichkeit, 1873 г., стр. 13—23; Фельдштейнъ стр. 76 и сл.; Kallina стр. 28 и сл. Изъ нашихъ писателей противъ права активной обороны высказывается А. Градовскій, въ статьѣ: Законъ и административное распоряженіе, въ сборн. гос. знаній, I, стр. 10; подробный разборъ теорій о наказуемости активнаго противодѣйствія власти сдѣланъ въ статьѣ г. Куплевасскаго. О предѣлахъ повиновенія незаконнымъ распоряженіямъ и дѣйствіямъ должностныхъ лицъ, въ Ю. В. 1886 г., Сентябрь; въ статьѣ приведены подробныя литературныя указанія.

порядкѣ постановленій, опредѣленій или распоряженій, стѣсняющихъ его права или налагающихъ на него какія либо обязанности; во-2-хъ, право жалобы въ порядкѣ судебномъ на тотъ вредъ, который ему былъ дѣйствительно причиненъ. Но этихъ двухъ способовъ контроля и регулированія дѣйствій органовъ власти оказывается очень часто не достаточно, какъ скоро предъявленное кому либо требованіе должно было быть исполнено немедленно, и въ то же время заключало прямое ограниченіе какихъ либо существенныхъ правъ или лишеніе важнаго блага. Въ этомъ случаѣ, какъ признаютъ уже безспорно всѣ современные кодексы, приходится расширить гарантіи личности, признавъ за отдѣльными лицами право на такъ называемое пассивное сопротивленіе, т. е. признавая ненаказуемымъ неисполненіе состоявшихся постановленій или сдѣланныхъ властью распоряженій, какъ скоро таковыя окажутся незаконными; но очевидно, что по тѣмъ же соображеніямъ надо признать и право активнаго сопротивленія, какъ скоро необходимость таковаго вытекаетъ изъ условій требованія и свойства охраняемаго блага или права. Нельзя насилуемую женщину или убиваемаго утѣшать тѣмъ, что они могутъ обжаловать дѣйствія виновнаго предъ компетентною властью и такимъ образомъ получатъ удовлетвореніе; точно также, очевидно, что въ этихъ случаяхъ нельзя довольствоваться и предоставленіемъ права пассивнаго сопротивленія [1]).

Такимъ образомъ, вопросъ о правѣ обороны противъ дѣйствій органовъ власти въ принципѣ рѣшается утвердительно: оборона не допустима только противу закономѣрныхъ дѣйствій органовъ власти, дѣйствующихъ или по непосредственному почину или усмотрѣнію, или по обязательному для нихъ приказу лицъ начальствующихъ, но несомнѣнно, что вся практическая трудность сводится къ установленію признаковъ закономѣрности этихъ дѣйствій и зависящихъ отъ того условій права активнаго сопротивленія, такъ какъ нельзя допустить, чтобы оцѣнка закономѣрности дѣйствій органовъ власти была предоставлена вполнѣ каждому отдѣльному лицу въ моментъ исполненія этихъ требованій.

Конечно, изложеніе ученія о закономѣрности служебныхъ дѣйствій относится къ области государственнаго права, но главныя его положенія должны быть указаны и въ ученіи объ оборонѣ, имѣя при этомъ въ виду, что здѣсь идетъ рѣчь не объ оцѣнкѣ дѣйствій органовъ власти, а объ юридическомъ значеніи оказаннаго имъ сопротивленія, о наказуемости или безнаказанности акта обороны.

Такимъ образомъ, оборона юридически допустима: во-1-хъ, если органъ власти дѣйствуетъ внѣ сферы своей служебной, предметной или мѣстной ком-

---

1) Köstlin, Neue Revision, стр. 724, замѣчаетъ: несомнѣнно, что для органовъ исполнительной власти неудобно признаніе за гражданами права сопротивляться нарушенію своихъ правъ; но это начало является необходимымъ результатомъ признанія принципа гражданской свободы, а опытъ указываетъ, что тамъ, гдѣ оно дѣйствительно осуществляется, результаты его блестящи: гражданская свобода есть лучшая охрана закона. Нельзя также не имѣть въ виду, что прямой интересъ нормально организованнаго государства заключается въ развитіи у гражданъ сознанія неприкосновенности ихъ правъ, готовности защищать ихъ всѣми своими силами; что достоинство государственной власти заставляетъ необходимо предполагать, что оно отказывается отъ всякой солидарности съ своими органами, какъ скоро эти органы дѣйствуютъ незаконно.

петентности, является, такъ сказать, частнымъ лицомъ: во-2-хъ, когда органъ власти, дѣйствуя въ предѣлахъ своей компетентности, совершаетъ актъ, допускаемый только при соблюденіи извѣстныхъ формъ и обрядовъ. Къ числу такихъ формальностей относятся и формальности, удостовѣряющія въ служебномъ характерѣ лица, предполагая, что это обстоятельство неизвѣстно обороняющемуся; такимъ удостовѣреніемъ можетъ быть присутствіе мѣстныхъ органовъ власти, понятыхъ, офиціальный костюмъ, представленіе уполномочія или приказа и т. д.; въ-3-хъ, если органъ власти, дѣйствуя въ предѣлахъ своей компетентности, принимаетъ такія мѣры, на которыя онъ не только не уполномоченъ, но которыя составляютъ преступное посягательство на блага частныхъ лицъ: если городовой пытается вытащить деньги или часы у проходящаго, слѣдователь намѣревается употребить пытку для полученія сознанія, то оборона противъ ихъ дѣйствій представляется вполнѣ дозволенною [1]).

Всѣ эти условія допустимости обороны противъ дѣйствій органовъ власти предполагаютъ формальную незаконномѣрность дѣйствій органовъ власти, безотносительно къ ихъ матеріальной справедливости; основательность или неосновательность дѣйствій органа власти не можетъ имѣть, по общему правилу, никакого значенія для права обороны. Никто не можетъ сопротивляться приведенію въ исполненіе законно постановленнаго приговора суда, хотя бы и считалъ приговоръ несправедливымъ; никто не можетъ воспротивиться производству обыска или арестованію, если они дѣлаются компетентнымъ лицомъ, съ соблюденіемъ установленныхъ формъ, хотя бы обыскиваемый или арестуемый считалъ эти дѣйствія не имѣющими основаній. Право обороны уступаетъ въ этомъ случаѣ праву обжалованія незаконныхъ дѣйствій органовъ власти. Сомнѣніе можетъ возбудить лишь тотъ случай, когда полная неосновательность дѣйствія, завѣдомо для обороняющагося, несомнѣнна и для самаго органа власти; когда, напр., арестуемый или обыскиваемый хорошо знаетъ, что слѣдователь дѣлаетъ это безъ всякаго повода, въ насмѣшку, изъ самодурства. Можно ли обороняться противъ такихъ дѣйствій? Нѣкоторые криминалисты, какъ, напр., Биндингъ (стр. 742), при подобныхъ условіяхъ не безъ основанія допускаютъ право обороны, такъ какъ при этихъ условіяхъ дѣйствія органа власти представляются защищающемуся явно противозаконными и тѣмъ оправдываютъ оборону.

Уложеніе о наказаніяхъ 1845 г. въ статьяхъ 101—103 не упоминало особо объ этомъ условіи, но приведенныя выше разъясненія были примѣнимы

---

1) За такое разрѣшеніе вопроса особенно высказываются Цахаріе, Бернеръ, Köstlin, Holtzendorf; изъ русскихъ писателей Долопчевъ, Коркуновъ, Русск. госуд. право, I, стр. 386 и сл. Kallina, стр. 53 и сл. такъ опредѣляетъ условія законномѣрности органовъ власти: 1) учиненные въ силу общихъ или спеціальныхъ служебныхъ обязанностей при условіяхъ: а) чтобы должностное лицо было компетентно для его учиненія по мѣсту, времени и роду дѣйствія; б) чтобы оно соблюло предписанныя закономъ формальности, и в) чтобы оно дѣйствовало сообразно съ его служебными обязанностями, что каждый разъ опредѣляется судомъ по оцѣнкѣ обстоятельствъ дѣла, включая сюда и субъективныя особенности дѣйствующаго, и даже его заблужденія относительно этихъ обстоятельствъ; 2) учиненные въ силу даннаго властью предложенія или приказа при условіи, что приказъ данъ уполномоченнымъ лицомъ, въ предѣлахъ его вѣдомства, и былъ выполненъ съ соблюденіемъ общихъ, установленныхъ для служебныхъ дѣйствій, условій.

и къ нему, въ особенности въ виду статьи 71 воинскаго устава о наказаніяхъ, въ которой сказано, что хотя общія правила о необходимой оборонѣ и не примѣняются тамъ, гдѣ между нападающимъ и защищающимся существуютъ служебныя отношенія, но, однако, и при этихъ отношеніяхъ оборона все-таки возможна, какъ скоро противное закону и обязанностямъ службы нападеніе угрожаетъ явною опасностью, а защита ограничивается мѣрами, необходимыми для личнаго самосохраненія; [1]) подобное указаніе закона спеціальнаго, по общимъ началамъ толкованія, даетъ право сказать, что по общимъ уголовнымъ законамъ оборона противъ дѣйствій органа власти или даже противъ начальника юридически допустима, какъ скоро эти дѣйствія были незаконны [2]).

Дѣйствующее уложеніе также не упоминаетъ особо объ этомъ условіи, но объяснительная записка указываетъ, что такъ какъ для обороны требуется только незаконность нападенія, безотносительно къ лицу нападающему, то оборона возможна и противъ незаконныхъ дѣйствій органа власти.

128. Другимъ характеристическимъ признакомъ нападенія, создающаго право обороны, является наличность или дѣйствительность опасности, въ силу чего оборона становится необходимою и притомъ именно въ данное время, въ данномъ мѣстѣ и при данныхъ условіяхъ.

Съ этой стороны, прежде всего предполагается, что намѣреніе нападающаго посягнуть на благо защищающагося выразилось въ чемъ либо опредѣленномъ. Наличность такого условія можетъ быть установлена сообразно съ обстоятельствами даннаго дѣла, въ виду жизненнаго значенія нападенія, его опасности. Всѣ попытки, встрѣчавшіяся въ прежней доктринѣ, особенно нѣмецкой, установить юридически опредѣленный моментъ въ развитіи преступнаго посягательства, съ коего начинается право обороны, оказались несостоятельными, такъ какъ, напр., приготовительныя дѣйствія встрѣчаются не при всѣхъ преступныхъ дѣяніяхъ, а допустить оборону только послѣ начала покушенія—значило бы сдѣлать очень часто защиту невозможною [3]). Для обороны нерѣдко вполнѣ достаточно угрозы нападеніемъ, предполагая, что такою угрозою заявляется о болѣе или менѣе близкомъ приступѣ къ дѣйствію, а не одно только указаніе на зло будущее, отдаленное. Послѣдняя угроза, по справедливому замѣчанію Гельшнера (№ 190), можетъ быть или основаніемъ

---

1) Въ проектѣ воинскаго устава Кашгера статьѣ объ оборонѣ (ст. 71) предшествовало выраженіе, еще болѣе стѣсняющее ея объемъ и расширяющее право обороны: «правила о законности обороны для защиты себя не могутъ быть примѣняемы къ служебнымъ отношеніямъ подчиненнаго къ начальству *во время нахожденія въ строю или предъ фронтомъ*, или при самомъ исполненіи обязанностей службы, развѣ бы начальникъ» и т. д.

2) См. разъясненія понятія «явной опасности» въ рѣшеніяхъ главнаго военнаго суда въ изд. Мартынова подъ ст. 71; Кузьминъ-Караваевъ, Военно-уголовное право, стр. 254 и сл.; разборъ военно-судебной практики, стр. 267.

3) Весьма характерно выражалъ это воинскій уставъ Петра Великаго, въ толкованіи на артикулъ 157: «не долженъ есть себѣ отъ соперника перваго удара ожидать, ибо чрезъ такой первый ударъ можетъ тако причинитися, что и противиться весьма забудетъ». Также и римское право говорило: melius enim est occurrere in tempore, quam post exitum vendicare.

*

заявленія о ней власти, или, смотря по свойству угрозы, поводомъ къ гражданскому иску, къ provocatio ad agendum, или, если собственная охрана предполагается недостаточною,—поводомъ къ просьбѣ полиціи о принятіи мѣръ охраны, но не можетъ оправдать непосредственнаго насилія угрожающему[1]).

Интереснымъ представляется въ этомъ отношеніи вопросъ, поднятый въ нѣмецкой литературѣ Беккеромъ[2]), о томъ, подходятъ ли подъ понятіе оборонительныхъ дѣйствій мѣры, принимаемыя собственникомъ или владѣльцемъ дома, сада, лодки и т. п., для огражденія ихъ отъ похищенія или истребленія? Хозяинъ сада разставилъ въ саду капканы и самострѣлы, спустилъ на ночь собакъ, а затѣмъ оказалось, что въ капканъ или подъ самострѣлы попались воры, обивавшіе яблоки въ саду, что собаки искусали человѣка, перелѣзшаго черезъ заборъ, и т. п.; аналогичными будутъ случаи причиненія пораненія или вреда гвоздями или стеклами, набитыми на заборахъ, на задкахъ кареты и т. д. Можетъ ли лицо, устроившее такія приспособленія, сослаться въ свое оправданіе на право обороны? Большинство новѣйшихъ криминалистовъ[3]) разрѣшаетъ этотъ вопросъ, если только не было чрезмѣрности защиты, въ утвердительномъ смыслѣ, выходя изъ того положенія, что такъ какъ вредъ причиняется въ моментъ самаго нападенія, то такое причиненіе вреда и будетъ актомъ обороны противъ конкретнаго, реально существующаго нападенія; то же обстоятельство, что эти мѣры были приготовлены заранѣе, не имѣетъ существеннаго значенія, такъ какъ, напр., всякій можетъ обороняться, стрѣляя изъ давно заряженнаго пистолета; по тѣмъ же соображеніямъ несущественно въ этихъ случаяхъ и то обстоятельство, что обороняющійся не имѣлъ непосредственнаго столкновенія съ нападающимъ, даже не былъ на мѣстѣ нападенія. Для тѣхъ случаевъ, когда пострадавшимъ отъ этихъ мѣръ охраны было лицо, дѣйствительно посягавшее на охраненную собственность, вышеприведенное рѣшеніе вопроса не встрѣтитъ возраженій и при практическомъ его примѣненіи; но оно окажется недостаточнымъ, какъ скоро пострадавшій не имѣлъ никакихъ преступныхъ помысловъ противъ собственника или вла-

---

1) Такъ и Правит. Сенатъ, по дѣлу Липатова (77/172), нашелъ, что убійство вора, захваченнаго въ сараѣ, когда онъ готовился похитить лошадей, но прежде, чѣмъ онъ оказалъ какое либо сопротивленіе, не подходитъ подъ понятіе обороны. Съ другой стороны, въ рѣшеніи по дѣлу Гофмейстера (75/104) Сенатъ указалъ, что насильственное дѣйствіе, учиненное по минованіи опасности, можетъ быть признано оборономъ, если судъ найдетъ, что опасность могла возобновиться.

2) См. Bekker, Theorie des heutigen deutschen Strafrechts, 1859 г., стр. 604; Böhlau, Occidere, vel causam mortis praestare, G. A. XIII, стр. 472; Bar, Die Lehre vom Causalzusammenhange, 1871 г., § 10; Buri, Causalität, 1873 г., стр. 94; Sommerlad, Die Strafbarkeit von Vorsichtsmassregeln, 1883. Его же, Ueber die Ausübung des Nothwehrrechtes durch Veranstaltung von Schutzwehrvorrichtungen, въ G. 1887 г.; Н. Сергѣевскій, О причинной связи, 1880 г., I, стр. 140 и сл.

3) Buri, Schwarze, Hälschner, Sommerlad, H. Meyer, Liszt, Binding; обстоятельные доводы въ защиту этого мнѣнія приведены у Н. Сергѣевскаго, Причинная связь, стр. 149. Напротивъ того, Беккеръ, Белау, Баръ, Фингеръ не признаютъ въ этихъ случаяхъ обороны, а выводятъ безнаказанность изъ отсутствія причинной связи, или считаютъ такую дѣятельность дозволеннымъ осуществленіемъ частнаго права; послѣднее мнѣніе было защищаемо и мною въ курсѣ, I, № 144. Ср. разборъ такого мнѣнія и вообще подробное историческое изложеніе вопроса въ статьѣ Sommerlad'a въ G., 1887 г.

дѣльца; придется тогда говорить о мнимой оборонѣ, объ ошибкѣ въ объектѣ обороны, объ отвѣтственности за устройство охранительныхъ мѣръ, воспрещенныхъ закономъ или законнымъ распоряженіемъ власти; наконецъ, весьма часто можетъ встрѣтиться въ случаяхъ этого рода превышеніе предѣловъ обороны, употребленіе чрезмѣрной защиты и т. д.

Право обороны, какъ предупрежденіе грозящей опасности, прекращается при двухъ условіяхъ:

1) Когда прекратилось самое нападеніе, безотносительно къ причинамъ прекращенія: отказался ли самъ нападающій отъ задуманнаго имъ посягательства, былъ ли онъ схваченъ или остановленъ другими,—нападенія въ этотъ моментъ уже нѣтъ и оборона юридически не допустима. Но, конечно, оборона имѣетъ основаніе, если нападающій только пріостановилъ, но не прекратилъ нападенія, такъ что опасность можетъ немедленно возобновиться [1]).

2) Когда нападеніе дѣйствительно реализировалось и преступное дѣяніе уже окончилось, причемъ моментомъ окончанія нужно считать не моментъ юридическаго совершенія дѣянія, а дѣйствительную утрату защищаемаго блага. Поэтому, напр., при имущественныхъ посягательствахъ оборона оканчивается не съ момента завладѣнія вещью похитителемъ, а со времени дѣйствительнаго прекращенія владѣнія ею со стороны пострадавшаго; если воръ былъ захваченъ съ вещью и не возвращаетъ ее добровольно, то насиліе, употребленное противъ него для отнятія украденнаго, входитъ въ понятіе обороны, при чемъ безразлично, былъ ли воръ захваченъ на самомъ мѣстѣ похищенія, или его немедленно догнали съ захваченнымъ.

Болѣе спорнымъ представляется вопросъ о юридическомъ значеніи мѣръ, принятыхъ для удержанія вора, бѣжавшаго съ покраденнымъ, напр., о значеніи выстрѣла въ догонку, такъ какъ подъ такою формою нерѣдко могутъ скрываться случаи мести, а не обороны. Тѣмъ не менѣе несомнѣнно, что если выстрѣлъ былъ сдѣланъ для удержанія вора и возвращенія вещи, то это дѣйствіе ничѣмъ не отличается отъ насилія надъ воромъ, захваченнымъ на мѣстѣ кражи. Защита имущества до тѣхъ поръ будетъ сохранять характеръ обороны, пока есть надежда немедленно возстановить нарушенное владѣніе; по справедливому замѣчанію Лефита, насиліе надъ воромъ тогда только дѣлается самоуправствомъ, когда между актомъ противозаконнаго отнятія и возстановленіемъ права нѣтъ никакой непрерывности.

При тѣхъ преступныхъ дѣяніяхъ, при коихъ фактическая утрата блага совпадаетъ съ моментомъ совершенія преступнаго дѣйствія, оборона немыслима: ударъ, нанесенный обидчику, будетъ отплатою, а не обороною. Но условія измѣняются, какъ скоро, по своей внѣшней формѣ, отражаемое дѣяніе получаетъ характеръ длящагося или продолжающагося. Поэтому насильственныя дѣйствія противъ оскорбителя, разразившагося цѣлымъ потокомъ

---

1) Ср. рѣшенія уголовнаго кассаціоннаго департамента по дѣламъ Шмидта (70/486) и Гофмейстера (75/104). На этомъ основаніи представляется страннымъ названіе, данное этому институту Пусторослевымъ въ его изслѣдованіи—«незамѣнимая саморасправа», такъ какъ расправа предполагаетъ актъ мести, а не предупрежденія.

брани, направленныя на прекращеніе дальнѣйшихъ оскорбленій, будутъ обороною; охрана личной свободы допустима не только противъ лица, пытающагося запереть кого либо въ комнатѣ, но и противъ того, кто, закрывъ дверь, отказывается выпустить задержаннаго; при этомъ такое насиліе подойдетъ подъ понятіе обороны, хотя бы защищающійся замѣтилъ, что онъ лишенъ свободы, уже послѣ того, какъ двери были заперты.

Это условіе признается и нашимъ правомъ. Уложеніе 1845 г. въ ст. 101 говорило, что оборона допускается и въ томъ случаѣ, когда застигнутый при похищеніи какого либо имущества преступникъ не прекратитъ, по требованію хозяина, начатаго имъ похищенія. Изъ смысла закона легко можно было видѣть, что въ законѣ употреблено слово «начатое» вовсе не въ томъ смыслѣ, что оборона допускается только противъ покушенія на кражу: хозяинъ можетъ потребовать отъ вора возвращенія не только тѣхъ вещей, которыя воръ снималъ со стѣны и вынималъ изъ комода въ тотъ моментъ, когда его захватили, но и тѣхъ, которыя онъ уже положилъ въ карманъ; но право обороны не распространялось на случаи нанесенія поврежденій бѣжавшему похитителю, такъ какъ ст. 100 не давала права обороны противъ нападенія на одно имущественное право, безъ посягательства на личность владѣльца. Съ другой стороны, уложеніе относило къ оборонѣ и тѣ насильственныя мѣры, которыя употребляетъ владѣлецъ нарушеннаго права противъ вора, сопротивляющагося задержанію, хотя очевидно, что насильственное задержаніе вора, возвратившаго украденное, но пытающагося скрыться отъ суда, не можетъ входить въ понятіе обороны противъ грозящей опасности. Уложеніе дѣйствующее довольствуется въ этомъ отношеніи только общимъ выраженіемъ—«при необходимой оборонѣ противъ посягательства на личныя или имущественныя блага».

Сообразно только что установленнымъ границамъ обороны, возстановленіе уже нарушеннаго права будетъ самоуправствомъ, а причиненіе вреда преступнику, какъ бы въ видѣ отмщенія за совершенное преступное дѣяніе,—частной местью. По отношенію къ мести грань лежитъ въ цѣли насильственныхъ дѣйствій: при оборонѣ—насиліе употребляется для сохраненія за собой какого либо еще не утраченнаго блага; при мести—причиненіе страданія въ отплату за отнятое благо, за понесенный вредъ. Труднѣе провести границу между обороною и самоуправствомъ, такъ какъ ими осуществляется сходная задача: оборона направлена къ сохраненію нарушаемаго, а самоуправство—къ возстановленію нарушеннаго права, дѣйствительнаго или предполагаемаго; понятія же сохраненія и возстановленія права тѣсно примыкаютъ другъ къ другу. Единственною разграничительною чертою, казалось бы, можно принять сравнительную близость по времени нарушенія права и акта, возстановляющаго права; при оборонѣ возстановленіе слѣдуетъ немедленно за актомъ незаконнаго посягательства, а при самоуправствѣ предполагается, что похититель въ теченіе нѣкотораго времени спокойно обладалъ незаконно пріобрѣтеннымъ благомъ.

129. Какъ было указано, оборона предполагаетъ не только своевременность и, слѣдовательно, необходимость защиты въ данный моментъ, но и

необходимость таковой по мѣсту и условіямъ нападенія. Такъ какъ оборона заключаетъ въ себѣ стѣсненіе правъ или поврежденіе нападающаго, доходящее до лишенія его жизни, то понятно, что такое оборонительное насиліе допустимо только тогда, когда опасность не могла быть устранима ненасильственно. Установленіе же наличности этого условія можетъ быть дѣлаемо только въ виду обстоятельствъ каждаго отдѣльнаго дѣла, и всякія попытки опредѣленія его признаковъ a priori, дѣлаемыя законодательствами и доктриною, оказывались несостоятельными.

Исторія необходимой обороны представляетъ въ этомъ отношеніи много поучительнаго. Такъ, долгое время ставилась условіемъ допустимости обороны—возможность бѣгства [1]), и притомъ или безусловно или съ извѣстными ограниченіями. Но въ первомъ случаѣ право обороны теряетъ всякое практическое значеніе, такъ какъ весьма рѣдко обороняющійся бываетъ поставленъ въ такое положеніе, въ коемъ для него не существуетъ даже возможности бѣгства; а между тѣмъ, такое требованіе противорѣчитъ самому понятію о правомѣрности обороны и естественно повлечетъ постоянный обходъ закона, сдѣлаетъ его мертвымъ: можно ли представить себѣ, чтобы всякій, на кого замахнулся кто либо, тотчасъ же безропотно бѣжалъ въ сторону? Что же касается требованія условной возможности бѣгства, съ извѣстными ограниченіями, то эти ограниченія выражались двояко: или требовалось, чтобы уклоненіе отъ опасности, бѣгство, было безопасно, или, чтобы оно, кромѣ того, было и непозорно. Но ближайшее разсмотрѣніе этихъ ограничительныхъ условій ясно указываетъ несостоятельность всей этой попытки. Что такое безопасное бѣгство? Когда можетъ быть увѣренъ бѣжавшій, что нападающій его не догонитъ, не пуститъ чѣмъ нибудь въ догонку и т. п.? А если къ этому присоединить еще требованіе непозорности бѣгства, то придется по необходимости или придти къ тѣмъ несообразнымъ выводамъ, которые выработала средневѣковая юриспруденція, различая, по объему, право обороны для военныхъ и статскихъ, для благородныхъ и плебеевъ, или же предоставить рѣшеніе вопроса судьѣ, поставивъ его въ зависимость отъ степени его храбрости.

Возможность ненасильственной защиты угрожаемаго блага, повторяю, исключаетъ право обороны, но только въ томъ случаѣ, когда эта возможность вытекала изъ самыхъ условій нападенія. Если я могу устранить всякую опасность, захлопнувъ дверь предъ нападающимъ, а вмѣсто того причиняю ему увѣчье или смерть, то, я, разумѣется, буду отвѣчать за превышеніе предѣловъ обороны.

Также мало основательнымъ представляется другое требованіе, сродное съ предыдущимъ, по которому оборона теряетъ свое юридическое значеніе, если обороняющійся заранѣе зналъ о возможности подвергнуться опасности

1) Въ германской литературѣ это требованіе ставилъ даже еще Köstlin, въ Neue Revision, стр. 728; но въ System, стр. 86, пр. 8, онъ отказался отъ прежняго взгляда.—Изъ другихъ нѣмецкихъ криминалистовъ это условіе защищали: Henke, Jarcke, Marezoll, Hefter, Seeger, Geib, Geyer.—Изъ нашихъ криминалистовъ Будзинскій, Начала, стр. 135, ставитъ условіемъ обороны невозможность неопаснаго и непозорнаго бѣгства.

и могъ уклониться отъ этого, не явившись на данное мѣсто [1]). Это требованіе, по существу своему, противорѣчитъ понятію объ оборонѣ, какъ о правѣ лица, а съ практической стороны оно такъ неопредѣленно, допускаетъ такъ много ограниченій, что теряетъ всякое значеніе. Въ самомъ дѣлѣ, даже наиболѣе ярые сторонники этого ограниченія въ новой литературѣ, какъ, напр., Гейеръ, допускаютъ, однако, право обороны: во-1-хъ, для лицъ, явившихся на мѣсто предположенной опасности по обязанностямъ службы или званія, хотя трудно сказать, почему человѣкъ, отправившійся, въ качествѣ репортера или изъ простаго любопытства, вмѣстѣ съ военною командою, въ лѣсъ, въ которомъ завѣдомо находятся разбойники, будетъ находиться въ иномъ юридическомъ положеніи, чѣмъ его спутники, и долженъ безпрекословно отдать разбойникамъ, въ случаѣ нападенія, и часы, и деньги, или даже пожертвовать жизнью; во-2-хъ, по мнѣнію Гейера, оборона допустима, если наступленіе опасности не представлялось вполнѣ вѣроятнымъ; но Гейеръ не указываетъ, кто же и какъ будетъ опредѣлять эту степень вѣроятности: если мнѣ извѣстно, что въ данномъ лѣсу было нѣсколько случаевъ ограбленія, что тамъ пошаливаютъ, но я тѣмъ не менѣе пошелъ ночью черезъ лѣсъ, то неужели я не имѣю права обороны противъ напавшихъ на меня? Право не можетъ и не должно таиться и идти окольною дорогою.

Еще распространеннѣе другое ограниченіе, въ силу коего оборона юридически допускаема только тогда, когда не существуетъ возможности прибѣгнуть къ государственной охранѣ, или, другими словами, когда обороняющійся не могъ прибѣгнуть къ помощи власти. Но и это требованіе имѣетъ только кажущееся значеніе: если опасность предотвращена дѣйствіями органовъ власти, если городовой схватилъ человѣка, намѣревающагося меня побить, то, конечно, оборона не можетъ имѣть мѣста; но при этомъ предполагается, что охрана имѣла дѣйствительный, а не фиктивный характеръ; безъ этого условія право обороны сохраняетъ свою силу, хотя бы нападеніе было въ присутствіи органа власти, даже если этотъ органъ оказывалъ помощь обороняющемуся, если только опасность имъ не была устранена.

Но если дѣйствительная помощь не всегда устраняетъ право обороны, то еще менѣе можетъ имѣть значенія одна возможность призыва власти, когда остается неизвѣстнымъ, придетъ ли этотъ органъ власти на помощь, будетъ ли эта помощь своевременна и дѣйствительна. Да и, кромѣ того, остается не доказаннымъ, почему въ подобномъ случаѣ частное лицо не можетъ обороняться собственными средствами, а должно прибѣгать къ помощи органовъ власти, въ особенности, если рѣчь идетъ объ оборонѣ противъ преступныхъ посягательствъ?

Уложеніе 1845 г., въ ст. 101, по примѣру большинства нѣмецкихъ кодексовъ начала нынѣшняго столѣтія, допускало оборону только при невозможности прибѣгнуть къ защитѣ ближайшаго или мѣстнаго начальства; но, по буквальному тексту закона, оборона устранялась только дѣйствительною помощію власти, а не одною возможностью ея призыва, такъ что въ дѣйствительности это ограниченіе не имѣло никакого значенія. Дѣйствующее

[1]) Такое условіе ставятъ многіе итальянскіе и французскіе криминалисты. Ср. Саггага, № 304 и сл.; изъ нѣмецкихъ писателей въ особенности Geyer, Nothwehr, стр. 34—35.

уложеніе никакихъ въ этомъ отношеніи особыхъ ограниченій не содержитъ, указывая только, что оборона должна быть противъ посягательства и притомъ своевременно.

130. Такимъ образомъ, первымъ условіемъ обороны является неправомѣрное нападеніе, вызывающее немедленную насильственную защиту. Теперь мы должны перейти къ разсмотрѣнію другого элемента обороны — къ защитѣ.

Въ этомъ отношеніи, прежде всего, является вопросъ о томъ: всякое ли благо можетъ быть охраняемо обороною?

Современная доктрина и большинство новыхъ кодексовъ весьма широко смотрятъ на оборону, признавая, что она можетъ быть допущена въ защиту всякаго правоохраненнаго интереса, всякаго блага, какъ личнаго, такъ и имущественнаго, какъ вознаградимаго, такъ и не вознаградимаго, цѣннаго и малоцѣннаго, предполагая, конечно, существованіе всѣхъ прочихъ условій обороны.

Такое положеніе вытекаетъ, какъ изъ понятія о правомѣрности обороны, такъ и изъ невозможности установить въ этомъ отношеніи какіе либо предѣлы защиты, о чемъ свидѣтельствуютъ и различныя попытки подобнаго ограниченія [1]).

Признаніе права обороны жизни, тѣлесной неприкосновенности, свободы и цѣломудрія не возбуждаетъ никакихъ сомнѣній. Споръ существуетъ только относительно обороны чести и имущества.

Отрицаніе права обороны чести, встрѣчающее и нынѣ защитниковъ между криминалистами [2]), основывается, очевидно, на недоразумѣніи. Въ этихъ случаяхъ трудно говорить о малоцѣнности охраняемаго блага, такъ какъ для значительнаго большинства публичная обида, пощечина, будутъ несомнѣнно болѣе тяжкими посягательствами, чѣмъ лишеніе свободы или даже пораненіе; вмѣстѣ съ тѣмъ грань, отдѣляющая реальныя обиды отъ посягательствъ на тѣлесную неприкосновенность, представляется почти неуловимою, а между тѣмъ оборона неприкосновенности личности допускается всѣми. Остается, такимъ образомъ, указаніе на несвоевременность защиты при оскорбленіяхъ; но уже выше было указано, что обида можетъ получить длящійся характеръ, вполнѣ допускающій своевременную оборону, а о возможности таковой по отношенію къ реальнымъ обидамъ не можетъ быть и спора.

Также трудно установить границы и относительно защиты правъ имущественныхъ. Устранить вполнѣ право на ихъ защиту, очевидно, невозможно: кто останется спокойнымъ зрителемъ расхищенія не только значительной

---

1) Въ особенности краснорѣчиво защищаетъ это положеніе Berner въ архивѣ 1848 г. стр. 570 и сл., а также, Levita, Binding и др.; изъ французскихъ писателей—Ortolan.

2) Feuerbach, Grollmann, Jarcke, Luden, а въ особенности многіе французскіе криминалисты: F. Hélie, Trébutien, Garraud, Haus, находятъ, что здѣсь не существуетъ невознаградимости зла (irréparabilité du mal). См. замѣчанія по поводу требованія невознаградимости, какъ условія обороны, у Кони, в. с., стр. 28. Любопытный вопросъ о защитѣ чести противъ пастора, оскорбившаго обвиняемаго въ проповѣди, встрѣтился въ практикѣ Reichsgericht'a (24 Ноября 1890 г.). Ср. Calker, Von Grenzgebiet zwischen Nothwehr und Nothstand. L. Z. XII, стр. 442 и сл.

части своего имущества, но и отдѣльныхъ вещей—часовъ, кошелька? На какомъ основаніи обладатель имущества долженъ безпрепятственно уступать его похитителю? Очевидно, значитъ, что должны быть извѣстные предѣлы, за которыми только наступаетъ беззащитность извѣстныхъ матеріальныхъ благъ; но какими же признаками могутъ быть обозначены эти предѣлы? [1]).

На это мы встрѣчаемъ нѣсколько различныхъ отвѣтовъ:

Защита допустима, говорятъ одни, если нападающій угрожаетъ утратою невознаградимыхъ имущественныхъ благъ. Но утрата какихъ благъ можетъ считаться невознаградимою? Можно ли вывести это условіе изъ самаго свойства извѣстныхъ благъ, или же оно опредѣляется сообразно съ обстоятельствами каждаго отдѣльнаго случая? Защитники первой попытки, средневѣковые писатели, по необходимости приходили къ самымъ произвольнымъ положеніямъ, считая, напр., невознаградимыми или невозстановляемыми только права на движимое имущество, хотя несомнѣнно, что и при посягательствахъ на недвижимость могутъ быть случаи причиненія такого ущерба, который несомнѣнно представляется невознаградимымъ; при рѣшеніи же вопроса о вознаградимости по обстоятельствамъ отдѣльныхъ случаевъ, мы внесемъ полную неопредѣленность въ ученіе объ оборонѣ. Какъ опредѣлить вознаградимость или невознаградимость грозящаго вреда съ точки зрѣнія лица защищающагося, въ моментъ защиты? Въ состояніи ли онъ заняться въ то время рѣшеніемъ, напр., вопроса о состоятельности къ уплатѣ нападающаго и т. д.?

Оборона не допустима, говорятъ другіе, при нападеніи на малоцѣнныя блага; но это ограниченіе представляется еще болѣе неудачнымъ, такъ какъ цѣнность имущества, какъ предѣлъ неважности его утраты, не имѣетъ объективнаго характера, а зависитъ отъ взгляда владѣльца на значеніе отнимаемаго предмета, отъ большей или меньшей его скупости, отъ его состоятельности и т. д.

Наконецъ, третьи допускаютъ оборону имущества только въ тѣхъ случаяхъ, когда нападеніе на имущество соединено съ нападеніемъ на личность, причемъ по мнѣнію защитниковъ этого взгляда безразлично, входитъ ли посягательство на личность въ самый составъ имущественнаго посягательства, составляя средство похищенія, какъ, напр., при разбоѣ, или же это насиліе только дополняетъ совершившееся имущественное посягательство, когда, напр., воръ, захваченный на мѣстѣ преступленія, оказываетъ сопротивленіе хозяину, требующему возвращенія покраденнаго. Но очевидно, что такое ограниченіе, въ особенности при широкомъ пониманіи насильственнаго посягательства на имущество, становится совершенно мнимымъ, такъ какъ самый актъ обороны непремѣнно предполагаетъ извѣстное непосредственное насильственное отношеніе похитителя къ обладателю вещи: и логически, и практически нельзя представить возможность обороны противъ вора, незамѣтно утащившаго платокъ изъ кармана и успѣвшаго съ нимъ скрыться, или противъ мошенника, оставшагося неизвѣстнымъ обманутому въ моментъ учиненія обмана.

---

1) Thiry, стр. 118, даетъ подробный разборъ теоріи, отрицающей право защиты имущества.

Въ силу этихъ соображеній, многіе новѣйшіе кодексы отказались отъ всякой попытки перечисленія благъ, охраняемыхъ при оборонѣ; такъ поступаетъ германскій кодексъ (§ 53), итальянскій (§ 49), а кодексъ венгерскій (§ 79) и проектъ норвежскаго уложенія (§ 48) говорятъ общимъ образомъ объ оборонѣ личности и имущества; напротивъ того, кодексъ французскій перечисляетъ тѣ блага, которыя могутъ быть защищаемы, и, по разъясненію комментаторовъ, это перечисленіе должно быть понимаемо ограничительно [1]); такой же перечень сохраняетъ и бельгійскій кодексъ, который говоритъ объ охранѣ жизни, чести и имущества [2]).

Оборона относится, прежде всего, къ охранѣ благъ или правъ лица защищающагося; но она можетъ быть распространена и на защиту другихъ лицъ, находящихся въ условіяхъ, юридически оправдывающихъ насильственную защиту [3]). Такое положеніе можетъ быть выведено: во-1-хъ, изъ юридическаго характера этого института, такъ какъ основанія безнаказанности насилія, учиненнаго при оборонѣ, заключаются не въ личныхъ качествахъ дѣятеля, а въ условіяхъ дѣянія; а потому всѣ лица, вложившіяся въ него, являются ненаказуемыми,—безразлично, дѣйствовали ли они по просьбѣ оборонявшагося или по собственной иниціативѣ; во-2-хъ, изъ самаго основанія правомѣрности обороны — воспрепятствованія нарушенію права; въ тѣхъ случаяхъ, когда государство не въ состояніи воспрепятствовать злу, его мѣсто занимаетъ частное лицо, безотносительно къ тому, кому въ данномъ случаѣ угрожала опасность.

Такая защита можетъ быть, конечно, оказана правамъ лицъ какъ физическихъ, такъ и юридическихъ; мало того, по тѣмъ же основаніямъ можно допустить оборону и правоохраненныхъ интересовъ вообще, какъ скоро посягательство на нихъ, по своимъ условіямъ, дѣлаетъ оборону возможною. При этомъ безразлично, отъ кого происходило такое посягательство: отъ лица частнаго или отъ органа власти [4]).

Въ нашемъ правѣ еще уложеніе царя Алексѣя Михаловича допускало оборону въ весьма широкомъ размѣрѣ, дозволяя насильственную защиту не

---

1) Кодексы французскій и бельгійскій особо упоминаютъ объ охранѣ такъ называемаго домоваго права, понимая подъ нимъ между прочимъ и право хозяина помѣщенія употребить силу противъ лица, пытающагося вторгнуться въ жилище, вопреки волѣ хозяина, или не оставляющаго его, несмотря на предъявленное требованіе; причемъ по французскому праву такое вторженіе почитается охраною только въ томъ случаѣ, если попытка вторженія была сдѣлана ночью, а если было отражаемо дневное нападеніе, то защита разсматривается только какъ excuse légale. Garraud, № 244, указывая на ограничительный характеръ перечня французскаго права, допускаетъ, однако, оборону и въ нѣкоторыхъ случаяхъ охраны имущества.

2) F. Hélie, Théorie, IV, № 1324 и сл.; Lainé, № 246, замѣчаетъ, что въ нѣкоторыхъ случаяхъ, не указанныхъ въ ст. 328, обороняющійся можетъ ссылаться въ свое оправданіе на психическое принужденіе.

3) Оттого и неточно названіе этого института самообороною, или «необходимою личною обороною», какъ это дѣлаютъ нѣкоторые писатели и кодексы, напр., вюртембергскій, ганноверскій, баденскій, а равно и наше уложеніе 1845 г.

4) Ср. нѣкоторые примѣры этого рода у Binding, Handbuch, стр. 737, пр. 22, 23; весьма далеко идетъ Berner въ архивѣ 1848 г., стр. 562—563, признавая право обороны народа противъ правительства въ защиту насильственно ниспровергаемой конституціи.

только личности, но и неприкосновенности жилища и имущества, даже и въ томъ случаѣ, когда «кто за татемъ погонится съ сторонними людьми, и на дорогѣ или на полѣ, или въ лѣсу тотъ тать изымати себя не дастъ и учнетъ дратися». Уложеніе 1845 г. (ст. 101—103) ввело перечневую систему и въ этомъ отношеніи представляло нѣкоторые пробѣлы.

Законъ прямо говорилъ о защитѣ жизни, здоровья и свободы, далѣе упоминалъ объ оборонѣ противъ посягательства на честь и цѣломудріе женщинъ, но умалчивалъ о подобныхъ же посягательствахъ на мужчинъ, напр., при мужеложствѣ, равнымъ образомъ, уложеніе не упоминало объ оборонѣ чести. По отношенію къ имуществу, оборона допускалась не только противъ такихъ посягательствъ, въ коихъ насиліе надъ личностью являлось составнымъ элементомъ, какъ грабежъ и разбой, но вообще противъ всякаго безправнаго посягательства, соединеннаго съ насиліемъ надъ обладателемъ вещи, когда, напр., виновный силою противится возвращенію вещи или не прекращаетъ истребленія; но оборона имущества безъ этого условія не была допустима, а потому хозяинъ или владѣлецъ вещи не могъ ссылаться на оборону, стрѣляя въ догонку убѣгающему вору или разбойнику, какъ бы безвозвратна ни казалась утрата вещи. Далѣе, уложеніе особо говорило объ охраненіи неприкосновенности жилища, допуская оборону противъ вторгнувшагося или вторгающагося, безразлично, было ли сдѣлано нападеніе днемъ или ночью, грозило ли оно опасностью жизни или другимъ благамъ лицъ, находящихся въ домѣ, или не грозило.

Кромѣ того, по ст. 103 уложенія (изд. 1885 г.), во всѣхъ случаяхъ, указанныхъ въ ст. 101—102, употребленіе мѣръ необходимой обороны дозволялось не только для собственной обороны, но и для защиты другихъ, находящихся въ томъ же положеніи.

Уже смотритъ на объемъ обороны уставъ воинскій (ст. 71), говоря о «нападеніи на подчиненнаго, угрожавшемъ явною для него опасностью», «о защитѣ, необходимой для личнаго самоохраненія» и т. д.

Дѣйствующее уголовное уложеніе содержитъ болѣе обобщенную формулу, упоминая объ оборонѣ «противъ незаконнаго посягательства на личныя или имущественныя блага самого защищавшагося или другихъ лицъ». По этому поводу въ объяснительной запискѣ указано: «оборона можетъ быть допущена не только при нападеніи на личность, направленномъ на нее непосредственно, или по поводу какихъ либо имущественныхъ благъ, но и при другихъ посягательствахъ на имущественныя права, учиненныхъ въ присутствіи оборонявшагося, когда защита имущества отъ истребленія или поврежденія инымъ ненасильственнымъ образомъ не представлялась возможною».

131. По природѣ своей, оборона предполагаетъ умышленность дѣйствій обороняющагося, причемъ очень не рѣдко обороняющійся находится въ аффектированномъ состояніи, хотя вполнѣ возможна обдуманная хладнокровная оборона.

Вредъ, причиняемый при оборонѣ, можетъ быть крайне разнообразенъ, начиная отъ нанесенія ранъ, увѣчья и кончая смертью; иногда охрана можетъ

состоять въ лишеніи свободы, а иногда даже въ поврежденіи имущества; поэтому ссылка на оборону можетъ встрѣтиться при самыхъ разнообразныхъ преступныхъ дѣяніяхъ.

Оборона можетъ не ограничиваться однимъ только отраженіемъ, а можетъ переходить иногда и въ нападеніе, принужденіе къ дѣйствію или бездѣйствію, если, конечно, это насиліе направлено на того, кто грозитъ опасностью, а не на третьихъ лицъ; вредъ, причиненный при оборонѣ третьимъ лицамъ, можетъ или обсуждаться согласно съ ученіемъ о крайней необходимости, или можетъ быть наказуемъ по общимъ правиламъ.

Мѣру обороны прежняя доктрина пыталась опредѣлить соотношеніемъ между благомъ нарушаемымъ и защищаемымъ; поэтому не допускалось причиненіе вреда, при защитѣ вознаградимаго блага, невознаградимому; при защитѣ маловажнаго—существенному благу и т. д. [1]). Но такая постановка вопроса оказалась несостоятельною и теоретически и практически. Какимъ образомъ попытка нарушить право можетъ быть когда нибудь признана нормальнымъ явленіемъ, а противодѣйствіе таковой попыткѣ—не дозволеннымъ? Какимъ образомъ опредѣлить a priori, какое право можетъ быть признаваемо вознаградимымъ и маловажнымъ?

Можетъ ли, напр., дѣвушка защищаться противъ лица, желающаго самовольно ее поцѣловать, отрѣзать на память локонъ волосъ и т. д.; а если можетъ, то до какого предѣла? Можетъ ли она при этомъ только изорвать сюртукъ у нападающаго, или можетъ нанести ему ударъ, или причинить увѣчье? При этомъ не надо забывать того положенія, въ которомъ находился обороняющійся, трудности опредѣлить объемъ зла, которымъ грозитъ нападающій, послѣдствія употребленной мѣры защиты; не надо забывать, что пострадавшій при оборонѣ легко могъ избѣжать вреда, отказавшись отъ задуманнаго имъ посягательства.

Единственнымъ исключеніемъ въ этомъ отношеніи представляется употребленіе обороны противъ посягательствъ, хотя и не дозволенныхъ закономъ, но и ненаказуемыхъ, когда нападающимъ, напр., является малолѣтній, завѣдомо умалишенный; когда, однимъ словомъ, въ оправданіе насильственной защиты выступаетъ элементъ субъективный, а не объективный. Если защищающійся сознаетъ, что на него нападаетъ сумасшедшій, то, разумѣется, отказъ отъ угрожаемаго интереса, въ виду несоразмѣрности его съ вредомъ, который приходится причинить нападающему, представляется вполнѣ справедливымъ [2]).

---

[1]) Даже и теперь эта попытка находитъ защитниковъ, особенно между французскими криминалистами: такъ, Ortolan, говоритъ, что нужно пожертвовать своимъ правомъ, если неравномѣрность правъ очевидна; тоже Carrara, № 299. Въ Германіи за это условіе высказывается Buri въ G., 1878 г., стр. 461; Liebmann, Einleitung, стр. 177 и сл. Ламмашъ даже называетъ противное мнѣніе «Todtschlagsmoral», но, какъ справедливо замѣчаетъ Г. Мейеръ, они забываютъ, что здѣсь идетъ рѣчь не о нравственной, а объ юридической оцѣнкѣ актовъ самозащиты. Энергическія возраженія противъ такого ограниченія права обороны дѣлаетъ Jhering, Kampf um's Recht, стр. 95. То же мнѣніе защищаютъ Биндингъ, Листъ, Г. Мейеръ, Бернеръ, Янка. Ср. также А. Кистяковскій, № 222.

[2]) Thiry, стр. 122, по поводу приводимаго часто примѣра, что допустимость безграничной защиты всякаго блага приведетъ къ оправданію убійства ребенка, желающаго сорвать нѣсколько ягодъ

Отрицая, такимъ образомъ, значеніе соотношенія между благами при опредѣленіи границъ обороны, мы, въ силу этого, должны придать значеніе другому условію—соотношенію размѣра защиты съ размѣрами нападенія. Оборона не можетъ быть безпредѣльна; защищающійся только тогда можетъ перейти къ насильственнымъ мѣрамъ, когда ненасильственныя мѣры оказались недѣйствительными, или когда онъ добросовѣстно предполагалъ ихъ недѣйствительными. Какъ справедливо замѣчаетъ Лефита (стр. 221 прим. 56), «опасность потерять самое ничтожное благо оправдываетъ употребленіе наибольшаго насилія, если это благо нельзя сохранить иначе, и, наоборотъ, опасность для самаго высшаго блага не можетъ оправдать самаго ничтожнаго насилія, если оно превосходило мѣру, необходимую для его защиты».

При этомъ, конечно, нужно имѣть въ виду тѣ условія, въ которыхъ находился защищающійся: условія защиты будутъ, конечно, различны, смотря по тому, было ли нападеніе днемъ или ночью, въ уединенномъ или многолюдномъ мѣстѣ, нападало-ли одно лицо или нападающихъ было много. Мало того, судъ долженъ принять во вниманіе и индивидуальныя особенности защищающагося, его темпераментъ, характеръ, степень его аффекта и т. д.; для третьяго лица, спокойно анализирующаго нападеніе и степень опасности, необходимость употребленія тѣхъ или другихъ средствъ представится въ иномъ свѣтѣ, чѣмъ для лица защищающагося.

Такое же положеніе усвоено и нашимъ дѣйствующимъ правомъ, которое не допускаетъ никакихъ искусственныхъ ограниченій права обороны, требуя только, чтобы это употребленіе силы или причиненіе вреда было необходимо, оправдывалось дѣйствительною опасностью. Въ этомъ отношеніи еще уложеніе 1845 г. возвратилось къ исконному русскому воззрѣнію на право обороны, высказанному въ уложеніи царя Алексѣя Михаиловича. Наоборотъ, воинскій уставъ Петра Великаго пытался перенести къ намъ начала средневѣковаго нѣмецкаго права, старавшагося, по возможности, стѣснить право обороны. Такъ, воинскій уставъ (артик. 157, толкованіе) говорилъ, что оборона состоитъ: «въ умѣреніи, что оборона съ обиженіемъ равна есть, а именно, чтобы такимъ же образомъ оборонятися, какимъ образомъ кто отъ кого нападенъ будетъ. Ежели нападеніе учинитца оружіемъ, то можно оружіемъ оборонятися; ежели же безъ оружія, то и противитеся безъ оружія надлежитъ». Впрочемъ, далѣе изъ этого суроваго правила дѣлались изъятія, и даже прибавлялось,—что «если смертный страхъ есть, то надлежитъ оборонятися, какъ возможно».

Сводъ законовъ (изд. 1842 г. ст. 145, п. 1) также усвоилъ взглядъ воинскаго устава и говорилъ: «оборона признается законною, когда она равна нападенію; посему защищаться оружіемъ дозволено токмо противъ насилія вооруженнаго; употребить же оное противъ насилія безоружнаго можно

въ саду, замѣчаетъ, что въ подобныхъ случаяхъ нельзя установить необходимости подобной защиты, такъ какъ опасность не можетъ почитаться серьезною и неизбѣжною, прибѣгнувшій къ такой защитѣ не можетъ ссылаться на ея законность. Съ другой стороны, прибавляетъ онъ, подобная несоразмѣрность защиты и нападенія можетъ встрѣтиться и при охранѣ другихъ благъ.

только тогда, когда нападеніе учинено наединѣ, и притомъ съ опасностью жизни [1]).

132. Установивъ предѣлы правомѣрной обороны, мы встрѣчаемся далѣе съ весьма важнымъ и спорнымъ вопросомъ о превышеніи этихъ предѣловъ. Лицо дѣйствительно оборонялось противъ грозящаго ему противозаконнаго нападенія, но при этомъ превысило необходимую мѣру защиты, употребивъ, напр., насиліе тамъ, гдѣ можно было обойтись безъ всякаго насилія, или причинивъ тяжкое увѣчье, или даже смерть въ тѣхъ случаяхъ, когда можно было ограничиться простымъ толчкомъ, лишеніемъ свободы и т. д. Такое превышеніе предѣловъ обороны можетъ быть или умышленное, когда оборонявшійся сознательно и волимо переступаетъ предѣлы необходимой защиты, или неосторожное, когда виновный переступаетъ эти предѣлы въ пылу аффекта, вызваннаго нападеніемъ. Конечно, и въ томъ и въ другомъ случаѣ дѣяніе превысившаго право обороны заключаетъ въ себѣ элементы преступности; но въ виду того, что такое причиненіе вреда является послѣдствіемъ правомѣрнаго состоянія, оно всегда вызываетъ снисхожденіе къ виновному; въ особенности же это снисхожденіе примѣнимо къ превышенію предѣловъ обороны въ состояніи запальчивости, вслѣдствіе необдуманности, вызванной страхомъ, и т. д. Нельзя, говоритъ Ортоланъ (стр. 172), требовать отъ человѣка такого хладнокровія, чтобы въ пылу самозащиты, находясь подъ вліяніемъ сильнаго душевнаго волненія, онъ сохранилъ настолько самообладанія, чтобы съ математическою точностью могъ взвѣсить необходимыя для отраженія нападенія средства. . . вотъ почему и при превышеніи предѣловъ обороны часто придется, во вниманіе къ обстоятельствамъ даннаго случая, освобождать защищавшагося отъ уголовной отвѣтственности.

Изъ западно-европейскихъ кодексовъ французскій обходитъ вопросъ о превышеніи предѣловъ обороны молчаніемъ; германскій кодексъ въ § 53 п. 2 говоритъ, что превышеніе предѣловъ обороны, учиненное подъ вліяніемъ смущенія, испуга, страха, не наказуемо, причемъ, по объясненію нѣмецкой доктрины [2]), здѣсь имѣется въ виду неумышленное превышеніе предѣловъ обороны, такъ что умышленное нарушеніе наказуемо по общимъ правиламъ. Подобное же положеніе содержитъ кодексъ венгерскій, § 79, а голландское уложеніе идетъ еще далѣе, признавая, что нарушеніе границъ необхо-

---

[1]) Прежнія законодательства (баварское 1813 г., вюртембергское, ганноверское, брауншвейгское) къ числу вышеуказанныхъ условій обороны присоединяли еще нѣкоторыя процессуальныя требованія, заключающіяся или въ особенныхъ способахъ доказательства бытія обороны, или въ обязанности немедленной заявки о результатахъ обороны. Такъ, наше уложеніе 1845 г. постановляло, что «обороняющійся обязанъ о всѣхъ обстоятельствахъ и послѣдствіяхъ своей необходимой обороны немедленно объявить сосѣднимъ жителямъ, а при первой возможности и ближайшему начальству»; это условіе сохранилось и послѣ изданія судебныхъ уставовъ, хотя на практикѣ потеряло значеніе съ отмѣною системы формальныхъ доказательствъ.

[2]) Подробные доводы приведены у Binding, Handbuch, стр. 753; такое же толкованіе даютъ — Merkel, Liszt, Hälschner, Oppenhoff, Olshausen; хотя, казалось бы, правильнѣе говорить здѣсь о наказуемости хладнокровнаго умышленнаго превышенія въ противоположность умышленному, но аффектированному; самъ Биндингъ подводитъ подъ 2-ю часть статьи 53 сознательное превышеніе необходимой мѣры защиты изъ опасенія повторенія нападенія.

димой обороны не наказуемо, какъ скоро оно было послѣдствіемъ сильнаго душевнаго волненія, вызваннаго нападеніемъ.

У насъ сводъ законовъ вовсе умалчивалъ о превышеніи предѣловъ обороны; уложеніе 1845 г., въ ст. 101, говорило: всякій напрасный сдѣланный нападающему послѣ уже отвращенія отъ него грозившей опасности, вредъ, признается злоупотребленіемъ обороны и виновный въ томъ долженъ быть подвергаемъ наказанію, которое опредѣляется по мѣрѣ причиненнаго имъ вреда, по роду побужденій, коимъ онъ слѣдовалъ, и другимъ обстоятельствамъ дѣла. Затѣмъ уложеніе содержало спеціальныя постановленія о наказуемости превышенія предѣловъ обороны при убійствѣ (ст. 1467) и при поврежденіяхъ здоровья (ст. 1493) и при этомъ не упоминало о превышеніи предѣловъ или мѣры защиты, а говорило только объ отмщеніи или о мнимой оборонѣ, а съ другой стороны, благодаря своей неопредѣленной редакціи, вовсе не давало никакихъ прямыхъ указаній объ отвѣтственности за превышеніе предѣловъ обороны, выразившееся въ лишеніи кого либо свободы.

Уголовное уложеніе, оставаясь на почвѣ дѣйствующаго права, дало нѣсколько иную конструкцію этому постановленію, говоря, что превышеніе предѣловъ обороны, чрезмѣрностью или несвоевременностью защиты, наказывается только въ случаяхъ, особо закономъ указанныхъ, причемъ, какъ видно изъ особенной части, къ такимъ случаямъ отнесены лишеніе жизни и причиненіе тяжкаго тѣлеснаго поврежденія [1]). Самое же понятіе превышенія предѣловъ обороны имѣетъ техническое значеніе, такъ какъ законъ подводитъ подъ него не только чрезмѣрную защиту, но и несвоевременную защиту, т. е. такое дѣйствіе, которое, съ теоретической точки зрѣнія, относится къ мнимой оборонѣ, а не къ превышенію предѣловъ защиты.

Совершенно иной случай представляетъ, такъ называемая, мнимая оборона, встрѣчающаяся, притомъ, въ двухъ видахъ: объективномъ и субъективномъ [2]).

Объективно мнимая оборона можетъ возникнуть: а) когда нападеніе хотя и существовало, но было правомѣрно и исключало поэтому юридическую возможность сопротивленія; б) когда предполагаемое нападеніе еще не реализовалось, такъ что защита была преждевременна, и в) когда существовавшее нападеніе уже окончилось, такъ что оборона представляется слишкомъ позднею. Во всѣхъ этихъ случаяхъ виновный подлежитъ отвѣтственности по об-

---

1) Такимъ образомъ, въ этомъ отношеніи постановленія уложенія весьма отличаются отъ постановленій западныхъ кодексовъ. По поводу этого различія, вѣнскій профессоръ С. Майеръ замѣчаетъ: «такое правило мы считаемъ болѣе выгоднымъ, нежели соотвѣтственныя постановленія новѣйшихъ законодательствъ. Оправдываются ли послѣднія съ точки зрѣнія уголовной политики—весьма сомнительно; съ практической же точки зрѣнія, они безусловно не выдерживаютъ критики, если принять во вниманіе многочисленныя пререканія, къ какимъ ведетъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ установленіе понятія такъ называемаго эксцесса необходимой обороны. Такія выраженія, какъ «смущеніе, страхъ или ужасъ», заключаютъ въ себѣ, конечно, для рѣшающаго дѣло судьи нѣкоторый намекъ на то, въ какой степени онъ обязанъ принимать во вниманіе, при обсужденіи такого конфликта, особыя условія совершенія дѣянія, но вовсе не исчерпываютъ всѣхъ возможныхъ случаевъ этого рода.

2) Нѣмецкіе криминалисты различаютъ: Nothwehrprätext и Nothwehrexcess. Ср. Janka, Strafrecht, стр. 111.

щимъ правиламъ; причемъ то обстоятельство, что нападеніе существовало или предполагалось, можетъ только вліять на мѣру отвѣтственности.

Субъективно-мнимая оборона предполагаетъ два случая: а) защиту противъ воображаемаго или мнимаго нападенія, когда насиліе было употреблено противъ лица, шедшаго навстрѣчу съ самыми дружелюбными намѣреніями, и б) защиту противъ объективно-мнимой обороны, если притомъ защищающійся ошибочно предполагалъ, что нападеніе уже началось или еще не окончилось, или же заблуждался относительно неправомѣрности нападенія. Во всѣхъ этихъ случаяхъ виновный отвѣчаетъ за зло, имъ причиненное, но съ примѣненіемъ общихъ правилъ о вліяніи на отвѣтственность ошибки и заблужденія [1]).

133. *Крайняя необходимость* [2]). Подъ состояніемъ крайней необходимости, какъ было указано ранѣе, понимается, какъ и подъ обороною, нарушеніе какого либо правоохраненнаго интереса или неисполненіе какой либо правовой обязанности или, общнѣе, посягательство на правовую норму, ради защиты также правоохраненнаго интереса отъ грозящей ему и другими средствами неотвратимой опасности, но съ тѣмъ отличіемъ отъ обороны, что при ней вредъ причиняется нападающему, а здѣсь третьимъ лицамъ, или даже заключается только въ нарушеніи закона [3]).

---

1) Binding, Handbuch, § 150, стр. 75. Ошибочное предположеніе о существованіи обороны равносильно ошибочному предположенію о правѣ на учиненіе преступнаго дѣянія; если эта ошибка извинительна, то устраняется всякое вмѣненіе, а если ошибка не извинительна, то устраняется умышленность.

2) См. литературныя указанія въ моемъ Курсѣ, I, № 158, пр. 141, а также у Binding, Handbuch, § 151, пр. 1; изъ монографій, кромѣ приведенныхъ выше относительно необходимой обороны, слѣдуетъ указать еще: Marquardsen, Die Lehre vom Nothstande, Archiv, 1857 г., стр. 396; Janka, Der strafrechtliche Nothstand, 1878 г.; R. Stammler, Darstellung der strafrechtlichen Bedeutung des Nothstandes 1878 г., съ подробнымъ указаніемъ литературы; въ особенности же прекрасный трудъ Moriaud, Du délit nécessaire et de l'état de nécessité, 1889 г., съ подробною библіографіею; (самомнительный отзывъ объ этомъ трудѣ Розина, стр. 83, пр. 1, представляетъ очевидное недоразумѣніе и опровергается авторомъ на слѣдующихъ же страницахъ 84 прим. 90 и др.); Lehmann, Ueber die civilrechtl. Wirkungen des Nothstandes in Jhering's Jahrbücher, XIII, стр. 215—250; Thur, Der Nothstand im Civilrecht, 1888 г.; A. Merkel, die Kollision rechtmässiger Interessen und die Schadenersatzpflicht bei rechtmässigen Handlungen, 1895 г.; H. Titze, die Nothstandsrechte im deutschen bürgerlichen Gesetzbuche und ihre geschichtliche Entwickelung, 1897. Новѣйшая монографія Н. Розина, о крайней необходимости, 1899 г., къ сожалѣнію, малосодержательна, и впервые вноситъ въ нашу литературу красоты декадентскаго изложенія, представляя непрерывное жертвоприношеніе мысли—фразѣ и при томъ фразѣ, враждебной не только пріемамъ юридической конструкціи, но иногда и обыкновенной логикѣ, благодаря чему и основныя и дополнительныя воззрѣнія автора остаются неразгаданными; особенно любопытны по ихъ непроницаемости предисловіе и глава 1-я. Изъ новыхъ учебниковъ подробно разсмотрѣнъ этотъ вопросъ у Hälschner'a Strafrecht, № 195 и сл. и у Binding'a. Ср. Garraud, № 221 и сл.

3) Binding, Handbuch, стр. 759, вноситъ въ область крайней необходимости и случаи нарушенія какой либо обязанности для выполненія другой, когда ихъ одновременное осуществленіе представлялось невыполнимымъ, когда, напр., докторъ, одновременно приглашенный къ двумъ умирающимъ, отправился къ одному изъ нихъ; свидѣтель, одновременно вызванный въ два судебныя мѣста, отправляется только въ одно изъ нихъ.—Поэтому онъ намѣчаетъ три ступени развитія понятія о крайней необходимости въ доктринѣ: 1) крайняя необходимость есть столкновеніе правоохраненныхъ интересовъ; 2) она объемлетъ, сверхъ того, коллизію правоохраненныхъ интересовъ съ правовыми

Такимъ образомъ, общимъ моментомъ обоихъ институтовъ является наличность принужденія, а различіе лежитъ въ направленіи защиты и, вмѣстѣ съ тѣмъ, въ ея послѣдствіяхъ: тамъ защита права противополагается неправомѣрному или даже и преступному дѣянію, а здѣсь мы встрѣчаемся съ коллизіею интересовъ, одинаково охраняемыхъ закономъ, или съ коллизіею правъ. Эти сталкивающіеся интересы могутъ быть или однородны, или разнородны. Въ послѣднемъ случаѣ, сообразно съ тѣмъ значеніемъ, которое мы придаемъ отдѣльнымъ благамъ личности въ общежитіи, мы различаемъ столкновенія благъ равно важныхъ, напр., защита чести на счетъ свободы, или столкновеніе высшаго блага съ низшимъ, напр., жизни и здоровья.

Ненаказуемость дѣяній, совершенныхъ въ состояніи необходимости, признавалась и древнимъ правомъ [1]). Постановленія о случаяхъ этого рода, хотя и не сведенныя въ одно цѣлое, но охватывающія всѣ важнѣйшіе контроверзы, встрѣчаемъ мы въ римскомъ правѣ. Еще болѣе значенія придавало нуждѣ каноническое право, ставя общее правило: «necessitas legem non habet» (Decr. Grat, distinc, I, c. 11) или, какъ говорилось въ пятой книгѣ декреталій (c. 4 de regulis juris, 5, 41), «quod non est licitum in lege, necessitas facit licitum», а въ особенности обращая вниманіе на кражу изъ голодной нужды,—случай, сдѣлавшійся главнымъ пунктомъ этого ученія у глоссаторовъ и итальянскихъ писателей XV и XVI вѣковъ. Въ Германіи институтъ крайней необходимости получилъ признаніе уже въ Каролинѣ, а теоретическое обоснованіе—только съ конца XVIII столѣтія [2]).

Право обороны обосновывается, какъ мы видѣли, двояко: объективно, какъ правомѣрная защита противъ неправомѣрнаго нападенія, какъ содѣйствіе охранительной дѣятельности государства, и субъективно, какъ проявленіе воли, не заключающей въ себѣ противоправныхъ элементовъ, а потому и не преступное; аналогичныя попытки встрѣчаемъ мы и относительно обоснованія крайней необходимости [3]).

Объективное обоснованіе крайней необходимости особенно выдвигается въ ученіи Фихте и Гегеля.

Юридическія отношенія, по теоріи Фихте, мыслимы только при возможности сосуществованія: тамъ, гдѣ является коллизія существованій, гдѣ одно лицо можетъ спастись только на счетъ другаго, тамъ исчезаетъ господство юридическаго порядка; вредъ, причиненный кому либо при такихъ условіяхъ, нельзя назвать ни законнымъ, ни противозаконнымъ [4]). Но нельзя не сказать, что основное положеніе этого ученія остается не доказан-

---

обязанностями; 3) наконецъ, въ нее включается всякое столкновеніе обязанностей. Поэтому Биндингъ опредѣляетъ крайнюю необходимость, какъ такое положеніе лица, въ коемъ оно только путемъ учиненія преступнаго дѣянія можетъ спасти поставленный въ опасность правоохраненный интересъ или сдѣлать возможнымъ исполненіе правовой обязанности. Тоже Finger, § 73; къ нарушенію обязанности относится, напр., освобожденіе арестанта вслѣдствіе угрозы, неявка въ судъ свидѣтеля вслѣдствіе той же причины и т. п.

1) Ср. подробныя историческія данныя по римскому, каноническому и обще-нѣмецкому праву у Janka, стр. 43—85; Stammler, стр. 7—36; общій ходъ развитія ученія о необходимости и постепеннаго расширенія ея объема у Binding, Handbuch, стр. 756 и сл.; также Moriaud, стр. 51—122.

2) Ср. мой курсъ, I, № 159; Wächter, Sächsisches Strafrecht, стр. 360 и сл.; Janka, стр. 85—186; Stammler, стр. 37—51; Binding, Handbuch, стр. 755, замѣчаетъ, что, въ противоположность ученію о необходимой оборонѣ, развитіе въ Германіи ученія о необходимости представляется неправильнымъ; главною причиною этого является непониманіе жизненнаго значенія этого института и разнообразія случаевъ, сюда относящихся, случаевъ—ординарныхъ, но весьма поучительныхъ.

3) Подробный обзоръ и разборъ различныхъ теорій, въ особенности нѣмецкихъ, у Janka, в. с., стр. 85—181; Moriaud, стр. 127—247.

4) «Nothrecht ist das Recht, sich als gänzlich exempt von aller Rechtsgesetzgebung zu betrachten». Къ этому взгляду примкнули Grollmann и Wächter, Lehrbuch, § 55; но послѣдній позднѣе, въ Sächs. Strafr., стр. 360, пр. 2, отказался отъ этой теоріи.

нымъ: какимъ образомъ столкновеніе интересовъ уничтожаетъ бытіе права, когда само право возникаетъ только по поводу такихъ столкновеній? Съ другой стороны, по этой теоріи пришлось бы крайне расширить предѣлы необходимости, устраняющей преступность дѣянія, такъ какъ, при уничтоженіи господства права, дѣлается возможною не только непротивозаконная защита жизни на счетъ какого нибудь ничтожнаго права, но и наоборотъ.

Другую попытку также объективнаго характера даетъ теорія Гегеля. Защита своего права, говоритъ онъ, на счетъ чужаго права становится не только актомъ безразличнымъ, но дѣлается правомѣрнымъ дѣяніемъ, какъ скоро приходится защищать жизнь, какъ основу бытія личности, на счетъ какого либо единичнаго ея проявленія, напр., права имущественнаго; такимъ образомъ, съуживаясь въ объемѣ, институтъ выигрываетъ въ значеніи: онъ получаетъ характеръ не состоянія необходимости (Nothstand), а права нужды (Nothrecht) Школа Гегеля (Абеггъ, Кестлинъ, Лефита, а также Вессели, Штамлеръ) пошла еще далѣе и распространила понятіе о правѣ нужды на случаи столкновенія жизни съ личными правами, и даже (Кестлинъ) жизни полной съ жизнью начинающеюся, возможною. Во всѣхъ же другихъ случаяхъ столкновенія правъ сторонники этого воззрѣнія видѣли условіе, не уничтожающее преступность, а только вызывающее снисхожденіе. Но основаніе права нужды, и притомъ именно съ точки зрѣнія гегелевской теоріи права, остается не выясненнымъ. Право неприкосновенно, оно имѣетъ реальное бытіе, какъ въ своей основѣ, такъ и въ отдѣльныхъ проявленіяхъ; какимъ же образомъ отрицаніе права, и притомъ не въ силу требованія общей воли, т. е. закона, а въ силу индивидуальныхъ личныхъ условій, сдѣлается правомъ? Праву соотвѣтствуетъ обязанность; такимъ образомъ, я обязанъ отказаться отъ всякаго моего частнаго права, какъ скоро оно коллидируетъ съ чьею либо жизнью. Для спасенія жизни, по этой теоріи, я долженъ безпрекословно уступить не только имущество, но и мою свободу, честь, даже здоровье; но такого рѣшенія не даютъ ни законъ, ни жизнь [1]); равно какъ ни одинъ судъ не признаетъ наказуемымъ спасеніе жизни на счетъ чужой жизни, что, однако, будучи послѣдовательною, должна признать эта школа. При крайней необходимости вредъ, грозящій одному правоохраненному интересу, переносится на другой столь же правоохраненный интересъ; поэтому въ этомъ случаѣ можно говорить только о непреступности дѣянія, а не объ его правомѣрности.

Совершенно иного рода соображенія о непреступности дѣяній, учиненныхъ въ силу необходимости, даютъ теоріи субъективныя, въ свою очередь представляющія нѣсколько оттѣнковъ.

Такъ, еще Кантъ училъ, что никакая нужда не можетъ сдѣлать преступное непреступнымъ; но если сталкивается жизнь съ жизнью, то убійство одного другимъ становится ненаказуемымъ, такъ какъ при такой коллизіи уголовный законъ безсиленъ; наказаніе, которымъ онъ угрожаетъ, не можетъ быть сильнѣе потери жизни: угроза зломъ возможнымъ не можетъ превысить зла дѣйствительнаго; а самое дѣяніе, совершенное въ состояніи необходимости, хотя и остается фактомъ вмѣняемымъ и недозволеннымъ, но перестаетъ быть уголовно наказуемымъ (factum non inculpabile quidem, sed impunibile). Эта теорія безсилія уголовной угрозы при условіяхъ необходимости нашла себѣ много послѣдователей, и въ особенности была развита Фейербахомъ [2]), который на возможности устрашенія наказаніемъ основалъ всю свою теорію вмѣненія и наказуемости. Вмѣняемымъ можетъ быть признано только лицо, способное опредѣляться въ своихъ дѣйствіяхъ угрозою уголовнаго закона; необходимость, уничтожая возможность такой опредѣляемости, уничтожаетъ вмѣняемость. Но несомнѣнно, что такое обоснованіе непреступности данной группы дѣяній является фиктивнымъ; примѣняя этотъ принципъ буквально, мы ограничимъ область

---

1) Обстоятельныя возраженія противъ «права нужды» даетъ Janka, стр. 142 и сл.; у него подробно изложено ученіе Кестлина; Binding, Handbuch, стр. 763.

2) Эту теорію приняли многіе кодексы и теоретики, даже не раздѣлявшіе доктрины Фейербаха, какъ, напр., Rosshirt, Tittman, Mittermayer, Geyer, который въ Grundriss говоритъ: въ этихъ случаяхъ или дѣйствительно существуетъ невмѣняемость, или она фиктивно допускается государствомъ.

необходимости крайне ничтожнымъ количествомъ случаевъ, такъ какъ даже при опасности, угрожающей жизни, далеко не всегда теряется самообладаніе и сознаніе [1]).

Рядомъ съ теоріею невмѣняемости явилась другая субъективная теорія, считающая еще болѣе защитниковъ и соединяющая теорію Канта съ ученіемъ о невмѣняемости. Несвободныя дѣйствія, говоритъ Филанджіери, конечно, не могутъ быть вмѣняемы, но къ такимъ дѣяніямъ могутъ быть въ строгомъ смыслѣ причисляемы только дѣянія, учиненныя подъ вліяніемъ физическаго принужденія, въ состояніи же необходимости для дѣйствующаго остается выборъ между различными побужденіями, между пожертвованіемъ собственнымъ благомъ и нарушеніемъ правоохраненнаго интереса; но такъ какъ и здѣсь принужденіе направляетъ необходимо выборъ въ пользу нарушенія, то въ этомъ смыслѣ и это принужденіе уничтожаетъ вмѣненіе. Съ точки зрѣнія морали, такой выборъ можетъ заслуживать порицанія, но гражданскіе законы не могутъ требовать отъ человѣка совершенства, нельзя наказывать человѣка за то, что онъ не обладаетъ особою душевною силою, геройствомъ; а потому дѣянія, совершенныя по необходимости, не могутъ подлежать уголовной репрессіи [2]).

Но и сторонникамъ этого ученія можно сдѣлать тотъ же упрекъ, какъ и защитникамъ кантовской теоріи: перенося вопросъ на почву вмѣненія и вмѣняемости, они тѣсно связываютъ все рѣшеніе вопроса съ доктриною свободной воли. Если мы признаемъ, что человѣкъ обладаетъ личною свободою выбора между добромъ и зломъ, что онъ, по своему произволу, выбираетъ преступный путь, что вмѣненіе и отвѣтственность обусловливаются наличностью этой свободы и произвола, то понятно, что принужденіе со стороны силъ природы или человѣка, крайняя необходимость, уничтожаетъ вмѣняемость; но постановка вопроса измѣняется, какъ скоро мы признаемъ законъ достаточной причины основою человѣческихъ дѣйствій и подчиненіе преобладающему мотиву ихъ естественнымъ признакомъ. При этомъ взглядѣ, мы не можемъ относить ученіе о крайней необходимости къ числу причинъ, устраняющихъ бытіе преступной воли и вмѣненіе, наравнѣ съ физическимъ принужденіемъ и случаемъ; лицо, посягающее на чье либо право подъ вліяніемъ принужденія, въ значительномъ большинствѣ случаевъ дѣйствуетъ сознательно и волимо, т. е. умышленно; наличность спеціальнаго мотива—защита угрожаемаго блага, можетъ устранять вмѣненіе только при тѣхъ преступныхъ дѣяніяхъ, для состава коихъ требуется наличность какой либо особой цѣли; но это условіе не имѣетъ никакого значенія во всѣхъ прочихъ случаяхъ.

---

1) Вѣрныя замѣчанія дѣлаетъ по этому поводу Janka, §§ 26—30.

2) Scienza della legislazione, въ нѣмецкомъ переводѣ, IV, стр. 253 и сл. Къ этой теоріи примкнули: Wächter, Sächs. Strafr., а также—въ Vorlesungen, § 56, Geib; многіе соединяли ее съ теоріею невмѣняемости, какъ Rossi, F. Hélie, Haus, Garraud. Къ этой же группѣ примыкаетъ и Н. Сергѣевскій; въ Пособіяхъ, стр. 265 и сл., такъ какъ онъ разсматриваетъ это ученіе въ числѣ причинъ, уничтожающихъ вмѣненіе, наравнѣ съ случаемъ и физическимъ принужденіемъ, выходя изъ того положенія, что «дѣйствующій былъ лишенъ возможности руководствоваться нормами закона»; но это положеніе, если признать лишеніе такой возможности абсолютнымъ—будетъ фактически не вѣрнымъ, а если признать лишеніе возможности въ смыслѣ подчиненія преобладающему мотиву (что и дѣлаетъ авторъ на стр. 266), будетъ составлять, по теоріи самого же Сергѣевскаго, нормальный видъ вмѣняемыхъ дѣяній, а вовсе не условіе, исключающее таковое. Дальнѣйшія же замѣчанія автора (стр. 267) о томъ, что расширеніе института крайней необходимости, къ чему стремятся всѣ новыя законодательства и доктрина (ср. Binding, стр. 756, пр. 8), весьма нежелательно, такъ какъ это свидѣтельствуетъ объ упадкѣ духа и ослабленіи чувства законности гражданъ, представляются, по моему мнѣнію, слишкомъ обобщенными, а потому мало доказательными: на мою собаку напалъ чужой бульдогъ и грозитъ ее загрызть, почему, защищая мою собаку, я проявлю упадокъ гражданскаго духа? Меня заперли умышленно въ чужой квартирѣ, изъ которой я могу освободиться только сломавъ чужой замокъ, неужели же я не долженъ этого дѣлать, какія бы ни произошли отъ этого послѣдствія для моихъ интересовъ, такъ какъ этимъ я проявлю ослабленіе чувства законности? Впрочемъ, далѣе, самъ авторъ признаетъ необходимымъ расширить этотъ институтъ, сравнительно съ дѣйствующимъ правомъ, допустивъ охрану всѣхъ правъ и благъ какъ личныхъ, такъ и имущественныхъ. Ср. Liszt, § 33; въ особенности Moriaud, первый между французскими криминалистами указавшій на широкое признаніе въ жизни необходимости, какъ причины, устраняющей преступность.

Такимъ образомъ, юридическаго основанія ненаказуемости дѣяній, учиненныхъ въ состояніи крайней необходимости, нельзя искать ни въ уничтоженіи способности опредѣляться къ дѣйствію, ни въ принудительности выбора: они заключаются въ юридическихъ свойствахъ такого дѣйствія, дѣлающаго его уголовно ненаказуемымъ [1]).

Посягательство на нормы права или на правоохраненный интересъ несомнѣнно существуетъ при защитѣ интересовъ или вообще при дѣйствіи въ состояніи необходимости; мое посягательство на блага неповинныхъ лицъ не является подмогою государственной дѣятельности, а съ общественной точки зрѣнія является перенесеніемъ вреда, грозящаго благамъ одного субъекта, на блага другаго, пользующіяся равномѣрно государственною охраною; на этомъ основаніи охрана интереса при крайней необходимости, какъ было замѣчено выше, не можетъ разсматриваться, какъ право.

Но въ то же время эта охрана рѣзкими чертами отличается отъ преступныхъ дѣйствій, въ тѣсномъ смыслѣ, такъ какъ подобное посягательство вызывается особенными условіями, въ которыя поставленъ интересъ, пользующійся правоохраною, вызывается необходимостью его охраны противъ опасности и въ этомъ отношеніи является элементомъ борьбы за право, необходимымъ его атрибутомъ [2]) и тѣмъ самымъ устраняетъ необходимость и цѣлесообразность его уголовной наказуемости.

Съ другой стороны, если подобная охрана и содержитъ въ себѣ всѣ элементы умышленной вины, то, однако, несомнѣнно, что въ ней не заключается условій, оправдывающихъ примѣненіе наказанія. Защищавшійся не руководился ни злобою, ни местью, ни корыстью: онъ не хотѣлъ выразить неуваженія къ требованіямъ права и юридическаго порядка; его нельзя даже упрекнуть въ неблагоразуміи; онъ былъ проникнутъ однимъ страхомъ за свое существованіе, однимъ желаніемъ охранить свои интересы. Правда, стоическая мораль учитъ скорѣе претерпѣть зло, чѣмъ повредить другому; но право, какъ справедливо говорятъ сторонники субъективной теоріи, не можетъ требовать такого героизма отъ обыкновенныхъ людей [3]), а потому примѣненіе наказанія къ дѣяніямъ, учиненнымъ подъ вліяніемъ принужденія, отъ неодолимой силы происходящаго, было бы безцѣльно и съ точки зрѣнія преступ-

---

1) Эта теорія была намѣчена Luden'омъ, Abhandlungen, II, стр. 500; къ сторонникамъ этого взгляда можно причислить: H. Meyer, Hälschner, Janka, Liszt, Binding, хотя въ частностяхъ они значительно расходятся другъ съ другомъ.

2) Hälschner, Strafrecht, № 195, замѣчаетъ, что тамъ, гдѣ для спасенія высшаго блага жизни посягаютъ на чье либо маловажное благо, дѣяніе хотя и нарушаетъ формальное право, но соотвѣтствуетъ основной цѣли права—охранѣ общаго благосостоянія, соотвѣтствуетъ справедливости; Liszt, стр. 129, говоритъ: состояніе необходимости исключаетъ не только наказуемость, но и противозаконность дѣянія; дѣйствіе, учиненное по необходимости, представляется не только ненаказуемымъ преступленіемъ, но и непротивоправнымъ дѣяніемъ.

3) Этотъ принципъ выразилъ и народъ въ своихъ поговоркахъ: «для нужды законъ не писанъ», «нужда—лиха и голодъ—не тетка, а голодный и архіерей украдетъ». То же говорило и народное нѣмецкое право: Noth und Tod hat kein Gebot; или даже: Noth sucht Brot, wo si es findet; то же французскія пословицы: Nécessité n'a pas de loi; Nécessité contraint la loi. Ср. Moriaud, стр. 81.

ника, и въ интересахъ общества. [1]). На основаніи этого, государство отказывается отъ требованія соблюденія установленныхъ имъ нормъ, какъ скоро посягательство на нихъ опредѣляется дѣйствительною необходимостью.

134. Признавая, такимъ образомъ, дѣянія, учиненныя въ состояніи необходимости, непреступными, мы точно должны опредѣлить юридическія границы такой охраны.

Въ западно-европейскихъ кодексахъ постановка ученія о крайней необходимости представляется и разнообразною, и далеко не вполнѣ удовлетворительною.

Такъ, французскій кодексъ въ ст. 64 говоритъ только о дѣйствіяхъ, совершенныхъ подъ вліяніемъ принужденія отъ непреодолимой силы, которой дѣйствующій не могъ сопротивляться; эти постановленія повторяетъ и бельгійское уложеніе. При этомъ нѣкоторые изъ комментаторовъ относятъ статью 64-ю только къ психической угрозѣ, а другіе распространяютъ на всѣ случаи, въ коихъ блага защищающагося подвергаются опасности; принужденіе отъ силы физической признается исключающимъ отвѣтственность безусловно, а для освобожденія отъ наказанія за дѣяніе, совершенное подъ вліяніемъ угрозы или нравственнаго давленія, доктрина требуетъ, чтобы это давленіе достигло высшаго напряженія, а нѣкоторые писатели идутъ еще далѣе и различаютъ угрозу личнымъ правамъ и угрозу правамъ имущественнымъ, и только первый видъ угрозы считаютъ дѣйствительно неодолимою силою, такъ какъ только страхъ смерти или тяжкаго зла физическаго можетъ настолько подчинить волю, чтобы принудить ее къ преступленію [2]). Точно также и голландскій кодексъ (§ 40) довольствуется общимъ положеніемъ, что не наказуемъ тотъ, кто былъ вынужденъ къ дѣянію непреодолимою силою. Итальянское уложеніе, §49,3, признаетъ ненаказуемымъ того, кто былъ вынужденъ необходимостью самосохраненія или охраны другихъ отъ грозящей тяжкой и неминуемой опасности для личности [3]).

Германское уложеніе даетъ подробныя правила о крайней необходимости, отдѣляя при томъ необходимость, создаваемую силами природы (§ 54), отъ угрозъ или принужденія отъ злой воли человѣка (§ 52), но считая, однако, защиту жизни или здоровья своего или лицъ близкихъ и въ томъ и въ другомъ случаѣ непреступнымъ дѣяніемъ. Гораздо шире постановленъ вопросъ о крайней необходимости въ гражданскомъ уложеніи Германіи, хотя только по отношенію къ имуществу. Такъ, ст. 228 признаетъ непротивозаконнымъ разрушеніе или поврежденіе чужого имущества, какъ скоро это совершено для отвращенія опасности, грозившей учинившему или третьему лицу отъ этого имущества и учиненное имъ дѣйствіе было необходимо для отклоненія опасности и соразмѣрно съ таковою; но если опасность была вызвана виновнымъ,

---

1) Сильныя возраженія противъ этихъ соображеній, оправдывающихъ необходимость, у Moriaud, стр. 181 и сл., но онъ незамѣтно подставляетъ вмѣсто понятія необходимости, нужды, понятіе средней способности противостоять злу. Его собственная теорія (стр. 252—267) сводится къ тому же: наказывать дѣяніе, учиненное по необходимости—нецѣлесообразно, а цѣлесообразность—основной принципъ права.

2) Ср. Ortolan, Elémenls, № 373; Haus, Principes, № 536.

3) Шире ставится крайняя необходимость въ проектахъ—швейцарскомъ и норвежскомъ.

то онъ обязанъ вознаградить за вредъ. Статья же 904 признаетъ, что собственникъ имущества не въ правѣ воспретить посягательство на имущество, коль скоро посягательство необходимо для отклоненія опасности и грозящій вредъ былъ несоизмѣримо выше причиненнаго [1]). Различіе крайней необходимости и психическаго принужденія сохраняетъ и кодексъ венгерскій (§§ 77—80).

Въ нашемъ правѣ [2]) постановленія о крайней необходимости явились только въ весьма отрывочныхъ постановленіяхъ уложенія царя Алексѣя Михайловича (глава X, ст. 282 и 283): «а кто собаку убьетъ ручнымъ боемъ, бороняся отъ себя, и ему за ту собаку не платить и въ вину ему того не ставить». Гораздо подробнѣе говоритъ о крайней необходимости воинскій уставъ Петра Великаго. Такъ, арт. 154 относитъ къ смертоубійству только такіе случаи, когда лишеніе жизни было сдѣлано «безъ нужды и безъ смертнаго страха»; въ артикулѣ 180, говоря объ отвѣтственности за истребленіе чужаго имущества, уставъ прибавляетъ: «развѣ по необходимой нуждѣ востребуется и на то позволится». Наконецъ, извѣстное толкованіе на ст. 195 говоритъ: «наказаніе воровства обыкновенно умаляется или весьма оставляется, ежели кто изъ крайней голодной нужды (которую онъ доказать имѣетъ) съѣстное, или питейное, или иное что невеликой цѣны украдетъ». Крайне стѣснительно отнесся къ этому институту проектъ 1813 г., отказываясь признать въ крайней необходимости обстоятельства, устраняющія отвѣтственность (ст. 91). Въ силу этого, и постановленія свода законовъ (ст. 141 п. 2 и 147, по изд. 1842 г.) были крайне неопредѣленны и противорѣчивы; эта неопредѣленность перешла и въ уложеніе, 1845 г., которое, развивая теорію психическаго принужденія, въ ст. 100 говорило, что учинившему противозаконное дѣяніе вслѣдствіе непреодолимаго къ тому отъ превосходящей силы принужденія и токмо для избѣжанія непосредственно грозившей его жизни въ то самое время неотвратимой другими средствами опасности, содѣянное имъ также не вмѣняется въ вину. Уставъ о наказ. (ст. 10 п. 4) говорилъ только о принужденіи отъ непреодолимой силы, оставляя это понятіе безъ всякаго опредѣленія.

Уголовное уложеніе (ст. 46) въ этомъ отношеніи существенно отступаетъ отъ дѣйствующаго права, говоря, что не почитается преступнымъ дѣяніе, учиненное для спасенія жизни своей или другаго лица отъ происшедшей, вслѣдствіе угрозы, незаконнаго принужденія или иной причины, опасности, въ то самое время другимъ средствомъ неотвратимой. При тѣхъ же условіяхъ не почитается преступнымъ и дѣяніе, учиненное для огражденія здоровья, свободы, цѣломудрія или иного личнаго или имущественнаго блага, если учинившій имѣлъ достаточное основаніе считать причиняемый имъ вредъ маловажнымъ, сравнительно съ охраняемымъ благомъ.

---

1) Постановленія германскаго уголовнаго кодекса дополняются спеціальными законами: Seemannsordnung, отъ 27 Дек. 1872 г., §§ 32 и 75: «корабельщикъ имѣетъ право выбросить часть груза за бортъ, если грозитъ опасность кораблю или грузу»; Handelsgesetzbuch, §§ 702, 708; правила о предосторожностяхъ при судоходствѣ 1871 г. Нѣмецкіе криминалисты находятъ постановленія уголовнаго уложенія и невѣрными, и неполными, въ виду того, что практика должна для пополненія пробѣловъ закона прибѣгать къ аналогіи; въ особенности жесткую критику кодекса даетъ Биндингъ, стр. 756.

2) Ср. мой курсъ, I, № 160, и приведенныя тамъ литературныя указанія.

135. Переходя къ анализу условій крайней необходимости, мы должны, прежде всего, разсмотрѣть условія создающія опасность.

Причинами, создающими опасность, могутъ быть слѣдующія:

1) Стихійныя силы природы—огонь, вода; такимъ образомъ, напр., подъ состояніе крайней необходимости подойдутъ дѣйствія капитана корабля, распорядившагося во время бури, для спасенія судна и экипажа, выбросить въ море товары, бывшіе на кораблѣ; дѣйствія владѣльца дома, угрожаемаго пожаромъ, сламывающаго примыкающій къ его дому сарай другаго владѣльца, хотя бы помимо воли этого владѣльца.

2) Нападеніе животнаго, когда я, защищаясь отъ нападенія быка, стаи волковъ и т. п., жертвую чьимъ либо имущественнымъ правомъ или даже чьимъ либо личнымъ правомъ, здоровьемъ, даже жизнью, или же нарушаю имущественные интересы владѣльца животнаго, убивая нападающую собаку, быка.

3) Физіологическіе или, общнѣе, біологическіе процессы, совершающіеся въ самомъ дѣятелѣ, если только принужденіе, ими создаваемое, сохраняетъ характеръ принужденія психическаго, а не физическаго; таковы, напр., случаи покражи съѣстныхъ припасовъ для спасенія отъ голодной смерти и т. д.

4) Дѣйствія лица, не находящагося въ состояніи вмѣняемости, дѣйствія пьянаго, умалишеннаго, находящагося въ безсознательномъ состояніи, предполагая, конечно, что защита направляется противъ третьихъ лицъ, а не противъ самого нападающаго.

5) Злоумышленныя чьи либо дѣйствія [1]).

Въ тѣхъ случаяхъ, когда опасность создается злою волею человѣка, мы можемъ различать два оттѣнка: а) нападающій грозитъ моимъ благамъ и правамъ непосредственно, такъ что я нахожусь въ положеніи, совершенно аналогичномъ съ обороною, но, защищаясь, причиняю вредъ не тому, кто нападаетъ, а третьимъ лицамъ: на меня бросился кто либо, грозя нанести ударъ, а я, вмѣсто себя, подставилъ подъ ударъ попавшагося подъ руку сосѣда, или, спасаясь отъ убійцы, я насильно вломился въ чужое жилище и т. д.; или же б) нападающій грозитъ моимъ правамъ условно, требуя отъ меня совершенія какого либо дѣйствія, нарушающаго чье либо право или вообще требованія закона. Это условіе можетъ быть указано нападающимъ или въ общихъ чертахъ, какъ причиненіе кому либо зла, насилія или, можетъ быть спеціализировано, съ опредѣленіемъ рода и вида требуемаго закономъ нарушенія права. Средствами такого принужденія могутъ быть или угрозы словесныя, или письменныя, или же физическія мученія, пытки, продолжительное лишеніе свободы и т. д., предполагая, конечно, что насиліе не перешло въ принужденіе физическое, когда учинившій зло былъ про-

---

1) Нѣкоторые французскіе криминалисты, какъ, напр., Trébutien, F. Hélie, различаютъ еще causes extérieures à l'agent и causes intérieures, относя къ послѣднимъ вліяніе страстей и аффектовъ, но не придавая, впрочемъ, этому различію никакого практическаго значенія. Въ нашей литературѣ такую же попытку сдѣлалъ, но крайне неудачно, Лохвицкій, курсъ, стр. 126, относя, напр., къ силамъ внутреннимъ голодъ и допуская ссылку на необходимость только при отвращеніи опасности, происходящей отъ силъ внѣшнихъ.

стымъ физическимъ орудіемъ въ рукахъ другаго, когда его рукою подписывали вексель, наносили удары и т. д.

Принужденіе психическое многіе теоретики [1]) и кодексы [2]) разсматриваютъ, какъ самостоятельный институтъ, отличный отъ состоянія крайней необходимости; но внимательное разсмотрѣніе случаевъ сего рода приводитъ къ юридическому отождествленію этихъ понятій [3]). Если я принуждаю кого нибудь къ преступному дѣянію, то я ставлю для него дилемму: или отказаться отъ какого либо своего блага или права, пострадать, или посягнуть на чужое право, т. е. ставлю его въ такія условія, которыя составляютъ характеристическій признакъ крайней необходимости.

Дѣйствующее наше уложеніе не знаетъ этого различія, объединяя состоянія принужденія и необходимости, и принятая имъ система вызвала полное одобреніе нѣмецкихъ ученыхъ [4]).

136. Такъ же, какъ и при необходимой оборонѣ, ссылка на необходимость теряетъ юридическую силу, какъ скоро грозящее намъ лишеніе или ограниченіе въ правахъ было результатомъ чьихъ либо законныхъ или правомѣрныхъ дѣйствій. Хозяинъ описываемаго по судебному приговору имущества, подмѣнившій свое имущество чужимъ, не можетъ ссылаться на крайнюю необходимость; арестантъ, совершившій какія либо насильственныя дѣйствія надъ стражею для самоосвобожденія, не можетъ ссылаться на то, что онъ былъ вынужденъ къ этому необходимостью спасти свою свободу.

Труднѣе становится вопросъ въ томъ случаѣ, когда опасное положеніе было вызвано самимъ лицомъ, потомъ въ свое оправданіе сославшимся на необходимость. Въ противоположность оборонѣ, безотвѣтственность возможна здѣсь только въ рѣдкихъ случаяхъ, такъ какъ, по моему мнѣнію,

---

1) Такъ, изъ новыхъ криминалистовъ за такое раздѣленіе высказались: Köstlin, Levita, Marquardsen, Geib, Schaper; изъ нашихъ криминалистовъ—Спасовичъ, стр. 145; Кистяковскій въ § 200,—иначе въ § 202; иначе въ § 211; противъ попытки такого дѣленія высказался еще Фейербахъ, § 91; въ особенности Wächter, Sächs. Strafr., стр. 356—358, 383 и сл.; Janka, стр. 208 и сл.; Stammler, стр. 6; Geyer, Grundriss, стр. 106; Hälschner, стр. 493; Binding, стр. 768, пр. 34, называетъ такое различіе безсмысліцей, получившей право гражданства.

2) Германское уложеніе. Венгерское уложеніе различаетъ притомъ дѣйствія, совершенныя подъ вліяніемъ *непреодолимой силы* или угрозы (§ 77), и дѣйствія, совершенныя въ состояніи крайней необходимости, для спасенія жизни (§ 80).

3) Самое различіе выраженій «принужденіе» и «необходимость» зависитъ только отъ различныхъ точекъ зрѣнія на одно и то же явленіе. Разсматривая дѣйствія даннаго лица по отношенію къ причинѣ, ихъ вызвавшей, мы говоримъ о принужденіи, а разсматривая тѣ же дѣйствія по отношенію къ ихъ результатамъ, мы говоримъ о необходимости; необходимость вызывается принужденіемъ, принужденіе создаетъ необходимость. Ср. также Glaser, Ueber strafbare Drohungen въ его Abhandlungen aus dem Strafrechte, 1858 г. Для любопытнаго вопроса о гражданскихъ послѣдствіяхъ принужденія—Schliemann, Die Lehre vom Zwange, 1861 г.; Schlossmann, Zur Lehre vom Zwange, 1874 г.: также Savigny, System, III, стр. 101 и сл.; изъ французскихъ криминалистовъ ср. Molinier, II, стр. 186.

4) Такъ, проф. Листъ, сводъ замѣчаній, III, стр. 250, указываетъ на статью 38 проекта, какъ на образцовую, достойную подражанія; проф. Гейеръ, въ разборѣ проекта въ L. Z., стр. 207, говоритъ, что постановленія ст. 38 заслуживаютъ предпочтенія не только предъ системою германскаго кодекса, но и позднѣйшаго австрійскаго проекта.

здѣсь нужно руководствоваться общими началами объ умыслѣ и неосторожности [1]).

Такимъ образомъ, если данное лицо хотя и вызвало опасность своими дѣйствіями, но при такихъ условіяхъ, что оно не только не предвидѣло, но и не могло предвидѣть этой опасности, оно можетъ оправдываться необходимостью. Въ такомъ положеніи, напр., будетъ находиться лицо, случайно поджегшее чей либо домъ и потомъ, для спасенія своей жизни, учинившее посягательство на чье либо право, или человѣкъ, прокутившій свое имущество, а затѣмъ оказавшійся въ состояніи голодной нужды.

Если же данное лицо могло или должно было предвидѣть, что оно поставитъ себя въ такое положеніе, изъ котораго возможенъ только одинъ выходъ путемъ правонарушенія, то результаты его дѣйствія могутъ быть ему вмѣнены въ вину неосторожную; такъ, если кто нибудь, безразсудно раскачавъ лодку, уронилъ въ воду и себя, и своего спутника, и затѣмъ, спасая себя, утопилъ другаго, то онъ можетъ отвѣчать за неосторожное лишеніе жизни.

Наконецъ, если, совершая извѣстное дѣйствіе, виновный вполнѣ предвидѣлъ всѣ его послѣдствія и сознательно поставилъ себя въ такое положеніе, чтобы посягнуть на чье либо право и затѣмъ сослаться на состояніе необходимости, какъ на причину, устраняющую преступность содѣяннаго, то такая симулированная необходимость не можетъ устранить наказуемости за учиненный умышленный вредъ.

Опасность должна быть дѣйствительная и неотвратимая никакими иными средствами, уклоненіемъ отъ опасности, бѣгствомъ, призывомъ на помощь, такъ какъ иначе не можетъ быть оправдано вторженіе въ сферу чужихъ правъ или нарушеніе закона; не нужно забывать, что здѣсь нѣтъ защиты права противъ неправа, какъ при оборонѣ.

Оцѣнка же наличности такого условія можетъ быть сдѣлана только по обстоятельствамъ каждаго отдѣльнаго случая и притомъ съ точки зрѣнія лица, подвергавшагося опасности, принимая во вниманіе всѣ психическія особенности того состоянія, въ которомъ онъ находился [2]).

137. Переходя къ вопросу о благахъ, защищаемыхъ въ состояніи необходимости, мы также встрѣтимъ въ кодексахъ, и притомъ даже въ новѣйшихъ, крайнее разнообразіе [3]).

Такъ, германское уложеніе допускаетъ ссылку на необходимость при защитѣ тѣла или жизни (Leib und Leben) [4]); венгерское въ статьѣ о крайней

---

[1]) Нѣкоторые кодексы, какъ, напр., германскій и итальянскій, ставятъ незаслуженность опасности прямымъ условіемъ крайней необходимости (unverschuldeten Nothstand). Ср. по этому поводу—Wächter, Sächs. Strafrecht, стр. 373—378; Geib, стр. 223; Binding, Normen, II, стр. 203; Janka, § 52.

[2]) Кистяковскій, § 211, замѣчаетъ, что ссылка на необходимость не имѣетъ силы, если опасность можно было отвратить обороною.

[3]) Ср. указанія въ моемъ курсѣ, I, № 168.

[4]) Нѣмецкіе комментаторы придаютъ слову «Leib» чрезвычайно широкое значеніе, относя къ необходимости всякое насильственное посягательство на лицо; ср. Binding, стр. 770.

необходимости говоритъ только о защитѣ жизни, а при психическомъ принужденіи—жизни и тѣлесной неприкосновенности (körperliches Wohl); итальянское имѣетъ въ виду защиту личности; по французскому, бельгійскому и голландскому кодексамъ, равно и по проектамъ норвежскому и швейцарскому, ссылка допускается при защитѣ всякаго блага, хотя нельзя не прибавить, какъ было уже указано выше, что большинство французскихъ комментаторовъ при психическомъ принужденіи допускаютъ оправдательную ссылку только при защитѣ жизни и здоровья.

Уложеніе 1845 г. упоминало только о защитѣ жизни, а дѣйствующее уголовное уложеніе, рядомъ съ защитою жизни, ставитъ охрану здоровья, свободы, цѣломудрія, а равно и всякаго инаго личнаго или имущественнаго блага.

Система уложенія, и съ теоретической, и съ практической точки зрѣнія, представляется, по моему мнѣнію, болѣе цѣлесообразною. Ограниченіе права охраны извѣстными категоріями благъ всегда будетъ произвольно и поведетъ къ постояннымъ нарушеніямъ на практикѣ. Отсутствіе преступности воли и создаваемая этимъ безцѣльность наказанія могутъ встрѣтиться при охранѣ всякихъ личныхъ и имущественныхъ правъ. Я, безспорно, могу лишить другаго жизни, спасая себя; но буду ли отвѣчать я за то, что толкнулъ или уронилъ кого либо, защищая себя отъ увѣчья? Можно ли признать преступною женщину, которая, защищая себя отъ изнасилователя, выломала дверь въ чужую квартиру? Будетъ ли отвѣчать хозяинъ какого либо дома, который, защищая его отъ пожара, разрушитъ примыкающую къ нему постройку сосѣда? Очевидно, что никакой судъ не рѣшится подвергнуть уголовной отвѣтственности лицо, находящееся въ подобныхъ условіяхъ [1]).

При оборонѣ, наравнѣ съ охраною собственныхъ благъ, стоитъ охрана другихъ лицъ; примѣняется ли это начало и къ крайней необходимости, или же это состояніе можетъ оправдывать только самоохрану?

При мнѣ на ребенка напала собака, или гусь, или быкъ, я бросился его защищать и убилъ животное; спасая одного изъ утопающихъ, я, по необхо-

---

1) См. весьма обстоятельныя соображенія въ пользу такой постановки вопроса у Hälschner, Strafrecht, § 158. «Кругъ юридическихъ благъ, могущихъ быть охраняемыми безнаказанно въ состояніи крайней необходимости, долженъ быть расширенъ, ибо нѣтъ достаточнаго основанія изъять какое либо юридическое благо отъ такой охраны. Этимъ путемъ законъ пришелъ бы къ единенію съ жизненными потребностями и практикою... если неудовлетворительность закона остается незамѣтною, то только потому, что, вопреки закону, никому не приходитъ въ голову возбуждать уголовное преслѣдованіе за правонарушеніе, учиненное въ условіяхъ крайней необходимости». См. также поучительные примѣры у Binding, Handbuch, стр. 771: «Можетъ ли хозяинъ, у котораго загорѣлся домъ, перелѣзть самовольно къ сосѣду черезъ заборъ, чтобы изъ колодца достать воду; можно ли въ томъ городѣ или мѣстечкѣ, гдѣ запрещено возить телѣжки съ поклажею или дѣтскія колясочки по тротуарамъ, въѣхать на тротуаръ, когда улица загорожена опрокинувшимся возомъ, или когда по улицѣ несутся лошади; можно ли достать безнаказанно изъ чужаго засѣяннаго поля шляпу, занесенную туда вѣтромъ»? При этомъ Биндингъ прибавляетъ, стр. 765, пр. 30, что «ни въ какомъ случаѣ не надо забывать, что понятіе объ уголовной преступности или непреступности дѣянія, учиненнаго по необходимости, не имѣетъ ничего общаго съ вопросомъ о вознагражденіи за вредъ и убытки; такъ какъ въ современномъ правѣ уплата убытковъ можетъ быть послѣдствіемъ даже исполненія обязанности». H. Meyer, § 40; Moriaud, Introduction.

димости, оттолкнулъ другаго и тѣмъ лишилъ его возможности спастись; докторъ, по требованію беременной, въ виду невозможности естественнаго родоразрѣшенія, сдѣлалъ перфорацію и, слѣдовательно, умертвилъ младенца; капитанъ корабля при кораблекрушеніи выкинулъ часть груза, чтобы спасти остальное,—можно ли признать всѣ эти дѣйствія преступными? Не существуютъ ли и здѣсь тѣ же условія, которыя вообще устраняютъ преступность дѣяній, учиненныхъ въ состояніи крайности?

Указаніе, дѣлаемое нѣкоторыми авторами [1]), на то, что «такое расширеніе несогласно съ юридическимъ строемъ человѣческаго общежитія», что «признать такое начало, значило бы отдать права и блага гражданъ въ распоряженіе первому встрѣчному, который пожелалъ бы спасать другихъ отъ бѣды на чужой счетъ»,—было бы справедливо, если бы дѣло шло не объ исключительныхъ случаяхъ необходимости и защита не имѣла никакихъ границъ и предѣловъ. При этихъ же условіяхъ трудно сказать, почему я могу пожертвовать чьими либо интересами для спасенія меня лично, но не могу этого сдѣлать для спасенія моего ребенка, жены [2])? Нельзя не обратить вниманія на то, что говоритъ по этому поводу такой строгій моралистъ, какъ Гельшнеръ (стр. 501): «слѣдуетъ уничтожить то ограниченіе, въ силу коего правонарушеніе является ненаказуемымъ только въ случаѣ защиты собственныхъ интересовъ или интересовъ близкихъ лицъ. Самоотверженное спасеніе совершенно чужаго спасающему человѣка стоитъ гораздо выше въ нравственномъ отношеніи, чѣмъ спасеніе себя или дорогихъ лицъ, а слѣдовательно, юридическое основаніе ненаказуемости дѣйствія пріобрѣтаетъ здѣсь большую силу».

Французскій и бельгійскій кодексы не содержатъ никакихъ указаній по этому вопросу. Напротивъ того, кодексы германскій и венгерскій допускаютъ защиту нѣкоторыхъ, прямо въ законѣ указанныхъ близкихъ лицъ (Angehörige):

---

1) Проф. Н. Сергѣевскій въ Пособіяхъ, стр. 269, а также въ статьѣ объ общей части проекта въ журн. гражд. и угол. права за 1883 г., стр. 129.

2) Къ этому г. Сергѣевскій (стр. 271) присоединяетъ такое замѣчаніе, что «религія и нравственность могутъ, въ извѣстныхъ случаяхъ, оправдать даже вторженіе съ этою цѣлью въ сферу правъ посторонняго лица; но законъ государственный признать общимъ правиломъ такое положеніе вещей не можетъ». Слѣдовательно, по этому взгляду могутъ быть случаи помощи третьимъ лицамъ вполнѣ нравственные, но тѣмъ не менѣе наказуемые, а по теоріи, мною защищаемой, ставится обратное положеніе, что могутъ быть случаи помощи третьимъ лицамъ, признаваемые непреступными, хотя и не одобряемые, даже порицаемые съ точки зрѣнія нравственности; въ пользу послѣдней постановки вопроса, казалось бы, можно привести и то положеніе, что нравственная доблесть не образуется и не укрѣпляется наказаніемъ, а ея развитіе зависитъ отъ общаго строя государственной жизни, отъ нравственнаго и общественнаго воспитанія гражданъ. Въ 3-мъ и 4-мъ изданіяхъ г. Сергѣевскій значительно смягчилъ свое отношеніе къ крайней необходимости, допуская даже безнаказанность истребленія имущества для охраны своихъ или *третьему* лицу принадлежащихъ важнѣйшихъ благъ (стр. 270, пр. 1). Замѣчательная неопредѣленность и неустойчивость въ разрѣшеніи этого вопроса у Розина, стр. 221 и сл. На стр. 214, прим. 4, онъ приводитъ примѣръ изъ берлинской практики: городовой вытащилъ изъ Шпре бросившуюся въ воду и хотѣлъ внести ее въ домъ, чтобы привести въ чувство, но швейцаръ не пустилъ. По мнѣнію автора, швейцаръ былъ правъ, а городовой виноватъ, ибо вытащенная была для него не «angehörige» и онъ покушался совершить Hausfriedensbruch. O summum jus!

родственниковъ, свойственниковъ, обрученныхъ, опекуновъ; наконецъ, кодексы голландскій и итальянскій, проекты швейцарскій и норвежскій, а равно и наше уголовное уложеніе допускаютъ вообще охрану другихъ лицъ, если только они находились дѣйствительно въ состояніи крайней необходимости.

Эта послѣдняя система заслуживаетъ, по моему мнѣнію [1]), предпочтенія, такъ какъ всякія попытки ограниченія круга близкихъ лицъ въ самомъ законѣ представляются совершенно произвольными и формальными, а установленіе признаковъ близости по обстоятельствамъ каждаго отдѣльнаго случая оказывается практически неосуществимымъ [2]).

Законъ допускаетъ охрану правъ, положимъ, родителей, брата, сестры, а обвиняемый въ данномъ случаѣ спасалъ стараго друга, который, по пословицѣ, былъ для него дороже отца роднаго, поспѣшилъ на помощь своему двоюродному брату, женщинѣ, съ которой онъ жилъ много лѣтъ, хотя и внѣ брака, наконецъ, спасалъ просто человѣка, не справившись о степени близости существующихъ между ними отношеній.

138. Охранительныя дѣйствія при крайней необходимости съ ихъ внѣшней стороны могутъ быть сведены къ двумъ категоріямъ. Къ первой группѣ относится нарушеніе велѣній закона и притомъ или запретительныхъ или требовательныхъ, безъ причиненія вреда чьему либо частному праву. Хотя о случаяхъ этого рода обыкновенно не упоминаютъ при изложеніи ученія о необходимости, но они весьма нерѣдко встрѣчаются въ практикѣ: если женщина, подъ вліяніемъ угрозы лишить ее жизни, или въ силу тяжкихъ физическихъ мученій, вступаетъ въ кровосмѣсительную связь, то она въ свое оправданіе можетъ сослаться только на необходимость; если лицо, спасающееся отъ собаки, перелѣзло черезъ заборъ общественнаго сада въ то время, когда входъ въ него воспрещенъ, то оно оправдывается необходимостью. На крайнюю необходимость можетъ сослаться лицо, обвиняемое въ богохуленіи, измѣнѣ, въ неявкѣ на судъ для исполненія какихъ либо обязанностей, въ незажиганіи фонарей на черной лѣстницѣ въ домѣ [3]) и т. п. Во всѣхъ этихъ случаяхъ нарушеніе закона не будетъ наказуемо, такъ какъ оно возникло единственно вслѣдствіе отвращенія опасности, грозившей обвиняемому и инымъ путемъ неотвратимой. При этомъ такая ссылка равно возможна, какъ при тяжкихъ преступленіяхъ, такъ и при маловажныхъ нару-

---

1) Того же мнѣнія держатся: Wächter, Hälschner, Berner, Janka, H. Meyer, Liszt, Haus. Можно представить себѣ даже такіе случаи, когда лица, которымъ грозитъ опасность, неопредѣленны, напр., при экспропріаціи или при конфискаціи хлѣбныхъ запасовъ во время голода.

2) Въ состояніи необходимости, замѣчаетъ Бернеръ, нѣтъ ни времени, ни возможности припомнить и примѣнить реестръ близости, установленный законодателемъ.

3) Ср. примѣры у Moriaud, стр. 15 и сл. Иногда даже нарушеніе обязанности можетъ быть ради помощи другимъ лицамъ, находящимся въ состояніи необходимости. Moriaud, стр. 27, указываетъ на поступокъ англійскаго капитана, который 31 Августа 1833 г. во время крушенія около Булони корабля, везшаго транспортъ преступницъ въ Австралію,—допустилъ утонуть 108 женщинъ, потому что не желалъ доставить имъ возможности побѣга; очевидно, противоположный этому безсердечію образъ дѣйствій былъ бы не только не наказуемъ, но и вполнѣ нравствененъ.

шеніяхъ, гдѣ даже выдвигается на первый планъ объективная природа дѣянія; особенно часто можетъ встрѣтиться такая ссылка при преступномъ бездѣйствіи. Ко второй группѣ относятся тѣ случаи, когда нарушеніе закона, учиненное въ силу необходимости, сопровождалось вредомъ для частныхъ лицъ, причемъ вредъ этотъ можетъ быть крайне разнообразенъ, начиная отъ незначительныхъ имущественныхъ поврежденій и кончая посягательствомъ на жизнь.

И въ томъ, и въ другомъ случаѣ, охрана должна имѣть извѣстныя границы; но особенное значеніе получаетъ этотъ вопросъ въ случаяхъ второй группы, когда, защищая одинъ правоохраненный интересъ, мы переносимъ вредъ на другой, пользующійся такою же юридическою охраною. При этомъ границы охраны при крайней необходимости ставятся нѣсколько иначе, чѣмъ при необходимой оборонѣ. Предѣлы обороны, какъ мы видѣли, опредѣляются исключительно размѣромъ и силою нападенія; здѣсь этотъ масштабъ не имѣетъ никакого значенія, такъ какъ рѣчь идетъ о вторженіи въ сферу правъ третьихъ лицъ, о нападеніи на неповинныхъ, даже о нарушеніи закона.

Сила и размѣръ опасности могутъ служить только доказательствомъ бытія дѣйствительнаго, неотвратимаго, грозящаго защищавшемуся зла, но не болѣе. Границы, слѣдовательно, приходится искать въ другомъ условіи, а именно, въ значеніи для государства совершившейся замѣны нарушенія одного охраняемаго интереса посягательствомъ на другой, и прежде всего въ опредѣленіи соотношенія между благомъ охраняемымъ и нарушаемымъ.

Въ этомъ отношеніи для государства не можетъ быть безразличнымъ перенесеніе вреда съ маловажнаго права на важное: защита, напр., имущества путемъ лишенія кого либо жизни. При такихъ условіяхъ государство можетъ потребовать отъ гражданъ, чтобы они отказались отъ личнаго интереса въ пользу чужаго высшаго блага, и въ случаѣ неисполненія ими этого требованія можетъ подвергнуть ихъ уголовной карѣ.

Такимъ образомъ, и доктрина и кодексы одинаково не допускаютъ защиты низшаго права на счетъ высшаго; ссылка на необходимость можетъ имѣть юридическое значеніе только при столкновеніи правъ равныхъ, то, что гегелевская школа называла правомъ нужды, или при столкновеніи высшаго съ низшимъ.

На первомъ мѣстѣ стоитъ, разумѣется, охрана жизни, случаи столкновенія такой охраны съ имущественными и личными правами другихъ, хотя нельзя не замѣтить, что нѣкоторые случаи защиты жизни возбуждали сомнѣніе даже въ новѣйшей доктринѣ [1]).

---

[1]) Таковы случаи убійства во время кораблекрушенія для спасенія жизни отъ голода. Весьма извѣстенъ сравнительно недавній процессъ экипажа яхты «Mignonette»; ея экипажъ, состоящій изъ 4 человѣкъ, во время крушенія яхты у Мыса Доброй Надежды, спасся въ шлюпкѣ съ ничтожнымъ запасомъ пищи и безъ воды. На 19-й день они убили младшаго изъ нихъ юнгу Паркера и питались его кровью и мясомъ. Лондонскій судъ присудилъ ихъ къ смертной казни, замѣненной королевой шестимѣсячнымъ заключеніемъ въ тюрьмѣ. Ср. Moriaud, стр. 8 и сл.; у него и другіе примѣры, между прочимъ дѣло Прокофія Калинина, въ 1886 г. судившагося въ Енисейскѣ за убійство, для спасенія отъ голода, его младшей сестры, тѣломъ которой онъ питался. Ср. Simonson, Der Mignonette Fall in England, L. Z. V, стр. 367.

Такъ, мы видѣли, что вопросъ о такъ называемой голодной нуждѣ прежде всего обратилъ на себя вниманіе и теоретиковъ, и кодексовъ [1]). Въ Германіи еще Каролина категорически признала ненаказуемость покражи съѣстныхъ припасовъ для избѣжанія смерти отъ голода; у насъ это начало было установлено воинскимъ артикуломъ Петра Великаго; но тѣмъ не менѣе мы встрѣчаемся въ литературѣ съ мнѣніемъ, отрицающимъ безнаказанность подобной кражи: такъ, во Франціи такое положеніе защищалъ, напр., Буатаръ, а у насъ А. Лохвицкій [2]). Но несостоятельность такого ограниченія очевидна. Если законъ признаетъ юридически возможнымъ искалѣчить или даже убить другаго ради спасенія своей жизни, то на какомъ основаніи сдѣлаетъ онъ исключеніе для имущественныхъ правъ? Можетъ ли онъ поставить имущество выше жизни? Примѣненію въ этихъ случаяхъ постановленій о крайней необходимости не противорѣчитъ и то обстоятельство, что въ нѣкоторыхъ законодательствахъ, какъ, напр., въ уложеніи 1845 г. (ст. 1663—1674, уст. о наказ. ст. 171 и 176), совершеніе кражи и мошенничества по крайности и неимѣнію никакихъ средствъ къ пропитанію и работѣ признавалось лишь обстоятельствомъ, вызывающимъ снисхожденіе къ виновному; такъ какъ въ этихъ случаяхъ законъ имѣлъ въ виду нужду, не достигшую еще крайнихъ предѣловъ и не грозившую опасностью жизни [3]).

Также утвердительно рѣшаетъ современная доктрина бывшій прежде

---

1) Noth sucht Brot, wo sie es findet, говоритъ нѣмецкая пословица; каноническое право ссылалось въ пользу ненаказуемости кражи, учиненной для избѣжанія голодной смерти, на разсказъ евангелія о срываніи учениками Христа колосьевъ въ субботу. Ср. подробное изложеніе ученія по этому предмету глоссаторовъ у Moriaud, стр. 100 и сл.

2) Въ первомъ изданіи своего курса, онъ говоритъ: «законъ не признаетъ и не можетъ признать въ принципѣ, чтобы голодный имѣлъ право украсть даже хлѣбъ. Признаніе такого положенія равнялось бы разрушенію частной собственности». Во второмъ изданіи, Лохвицкій (стр. 126) допускаетъ уже, въ видѣ изъятія изъ этого правила, ненаказуемость кражи: во-1-хъ, въ тѣхъ случаяхъ, когда голодъ доводитъ до сумасшествія, и, во-2-хъ, когда человѣкъ голодный находится внѣ общественныхъ условій. Къ мнѣнію о наказуемости случаевъ этого рода, повидимому, склоняется И. Сергѣевскій, такъ какъ онъ говоритъ, что: «распространеніе крайней необходимости на случаи присвоенія или обращенія въ собственность имущества третьихъ лицъ невыносимо въ гражданскомъ обществѣ». Бернеръ, Lehrbuch, § 57, наоборотъ, замѣчаетъ, что: «бываютъ случаи, когда человѣкъ, находящійся въ крайнемъ состояніи, дѣйствовалъ бы неразумно, если бы онъ утратилъ принадлежащее ему право, вмѣсто того, чтобы спасти его на счетъ чужаго права; случаи, гдѣ признаніе неприкосновенности чужого права было бы проявленіемъ не необычайной нравственности, а необычайной глупости (ungewöhnliche Thorheit): если бы кто нибудь умеръ съ голоду, не тронувъ рядомъ лежащаго чужаго хлѣба, то онъ заслуживалъ бы дурацкаго колпака, а не вѣнца мученика». Далѣе, онъ прибавляетъ «никто не будетъ насъ порицать, если мы захватимъ чужой хлѣбъ, чтобы спасти человѣка, умирающаго съ голода, хотя бы этотъ человѣкъ былъ для насъ совершенно чужой. Изъ французскихъ криминалистовъ, ср. Trébutien, № 548; Molinier, стр. 162; Thiry.

3) Такое толкованіе подтверждается постановленіями устава торговаго (т. XI ч. 2 разд. III гл. вторая—о займѣ припасовъ на морѣ, ст. 387—390), допускающаго, въ случаѣ крайняго недостатка жизненныхъ припасовъ, при встрѣчѣ съ другимъ судномъ, взять припасы, даже противъ его воли и согласія, «буде бы онъ, презрѣвъ правило человѣколюбія, отказалъ въ пособіи терпящему крайность», причемъ законъ установилъ подробныя правила, которыя долженъ соблюдать корабельщикъ. См. также о правѣ выкинуть для спасенія корабля грузъ—въ постановленіяхъ о большой аваріи ст. 400 и сл. того же уст. Ср. Неклюдовъ, конспектъ, стр. 50. Нельзя не замѣтить, что Сергѣевскій (266 пр. 1) случаи этого рода не относитъ къ крайней необходимости, а видитъ въ нихъ правомѣрное осуществленіе права нужды (Nothrecht).

спорнымъ вопросъ о правѣ беременной требовать перфораціи, т. е. истребленія младенца въ утробѣ при невозможности родоразрѣшенія естественнымъ путемъ; очевидно, что и въ этомъ случаѣ является коллизія двухъ жизней— матери и ребенка, а потому спасеніе одной на счетъ другой вполнѣ подходитъ подъ состояніе крайней необходимости [1]).

Труднѣе рѣшается данный вопросъ при защитѣ другихъ отдѣльныхъ правъ личности. Какъ опредѣлить въ этихъ случаяхъ предѣлы защиты? Какъ установить градацію правъ по степени ихъ важности? Можно ли сказать впередъ, что право на тѣлесную неприкосновенность выше права личной свободы, или что каждое изъ нихъ въ отдѣльности выше любаго имущественнаго права? Я думаю, что утвердительный, а priori установленный, отвѣтъ былъ бы не только произволенъ, но и совершенно не практиченъ, безпрестанно нарушаясь въ жизни. Нужно отказаться отъ всякой апріорной классификаціи правъ и рѣшать вопросъ объ ихъ сравнительной важности сообразно съ индивидуальными особенностями каждаго случая, т. е. признать ссылку на необходимость заслуживающею уваженія, какъ скоро въ данномъ случаѣ защищаемое право представлялось для защищавшагося несомнѣнно выше нарушаемаго [2]).

Такая индивидуальная оцѣнка можетъ зависѣть: а) отъ качественнаго значенія сталкивающихся благъ: такъ, несомнѣнно, напр., для спасенія здоровья отъ полнаго его разстройства или отъ тяжкаго увѣчья, или для защиты отъ изнасилованія можно пожертвовать не только чужимъ имуществомъ, но и лишить свободы, причинить боль или страданіе; б) отъ количественнаго значенія блага; поэтому, защита, напр., документа или вообще какого либо имущества, отъ котораго зависитъ все достояніе лица, или его семьи, съ утратою коего связана потеря чести, добраго имени, будетъ имѣть иное значеніе, чѣмъ защита вещи, хотя бы и цѣнной, но не представляющей особенной важности для владѣльца; в) отъ условій мѣста и времени, при которыхъ произошло столкновеніе благъ: такъ, напр., лишеніе свободы, хотя бы и кратковременное, получаетъ совсѣмъ иное значеніе, если отъ такого задержанія подвергалась опасности жизнь или честь близкихъ лицъ.

При этомъ, конечно, въ случаяхъ сомнительныхъ нужно имѣть въ виду то положеніе лица, въ которомъ оно находилось подъ гнетомъ принуж-

---

1) Ср. подробный разборъ этого вопроса въ моемъ изслѣдованіи «О преступленіяхъ противъ жизни по русскому праву», II, № 248 - 250.

2) Весьма подробно разсматриваетъ этотъ вопросъ Ianka, §§ 42 и 43. Онъ различаетъ два вида необходимости: а) охрану личнаго существованія (Selbsterhaltung) и б) охрану интересовъ. Къ первому онъ относитъ не только посягательство на жизнь или бытіе (Existenz), но и на здоровье, если только нападеніе грозитъ серьезною опасностью, продолжительное лишеніе свободы и попытку изнасилованія: во всѣхъ этихъ случаяхъ онъ допускаетъ безграничное право охраны, т. е. даже лишеніе кого либо жизни; ко второму—причисляетъ всѣ другія столкновенія интересовъ; въ послѣднемъ случаѣ для безнаказанности необходимо, чтобы несоразмѣрность устраненнаго вреда и причиненнаго поврежденія была вполнѣ очевидна. Такая попытка, съ одной стороны, излишне расширяетъ въ первомъ случаѣ предѣлы права охраны, а съ другой—даетъ только кажущуюся опредѣленность. Итальянское уложеніе довольствуется общимъ указаніемъ,—«которой нельзя было избѣжать», а проектъ норвежскаго уложенія обращаетъ особенное вниманіе на представлявшееся дѣйствовавшему соотношеніе причиняемаго имъ зла съ охраняемымъ благомъ.

дающей силы, ибо такое принужденіе легко можетъ оказать вліяніе на психическую дѣятельность лица, на его мышленіе.

Дѣйствующее уголовное уложеніе вноситъ спеціальное условіе, что охрана почитается непреступною только въ томъ случаѣ, если судъ признаетъ, что учинившій имѣлъ достаточное основаніе считать причиняемый имъ вредъ маловажнымъ сравнительно съ охраняемымъ благомъ, причемъ редакціонная комиссія, въ объясненіяхъ, замѣчаетъ, что принятая ею субъективная оцѣнка будетъ справедливѣе объективной, такъ какъ самыя основанія оправданія лежатъ въ субъективныхъ условіяхъ охраны, въ естественномъ чувствѣ самосохраненія.

Кромѣ соотношенія въ правахъ, существуетъ и другое условіе, ограничивающее предѣлы крайней необходимости: это—существованіе особыхъ обязанностей, исключающее юридическое значеніе такой ссылки; солдатъ не можетъ оправдывать свой побѣгъ съ поля сраженія опасностью для жизни; пожарный не можетъ, подъ тѣмъ же предлогомъ, отказаться участвовать въ тушеніи пожара.

При этомъ, конечно, безразлично, были ли приняты эти обязанности добровольно, по соглашенію, или были наложены на данное лицо помимо его воли, какъ одна изъ повинностей государственныхъ: обвиняемый не можетъ ссылаться на необходимость, если только такая борьба входила въ его служебную обязанность, если онъ долженъ былъ исполнить свой долгъ, хотя бы такое исполненіе потребовало пожертвованія жизнью [1]).

Но, конечно, бытіе такой обязанности не вытекаетъ изъ служебнаго положенія лица, защищающагося вообще, а изъ свойства его спеціальной служебной дѣятельности; поэтому смотритель тюрьмы, вслѣдствіе угрозы лишить его жизни, выдавшій ключи отъ арестантской камеры, хотя и нарушаетъ свой служебный долгъ, но онъ не можетъ быть преслѣдуемъ въ уголовномъ порядкѣ за содѣйствіе освобожденію арестантовъ.

Даже и для военнослужащихъ возможность оправданія необходимостью устраняется не безусловно. Такъ, нашъ воинскій уставъ (ст. 70 по изд. 1875 г.), хотя и говоритъ, что всякое нарушеніе обязанностей службы, изъ страха личной опасности, если въ самомъ законѣ не положено за то особаго наказанія, наказывается съ тою же строгостью, какъ и совершенное съ намѣреніемъ [2]), но это правило относится только къ нарушенію служебныхъ обязанностей, а не распространяется на внѣ служебную дѣятельность военнослужащихъ.

---

1) Гельшнеръ, стр. 502, идетъ еще далѣе и говоритъ: «если дѣятель уклоняется отъ опасности, вслѣдствіе сознанія безцѣльности самопожертвованія въ данномъ случаѣ, сознанія невозможности содѣйствовать достиженію того, къ чему онъ долженъ былъ стремиться, то онъ остается безнаказаннымъ, но не потому, что состояніе крайней необходимости извиняетъ нарушеніе долга, а потому, что онъ исполнялъ свой долгъ до послѣдней возможности. Безъ сомнѣнія, вопросъ о томъ, былъ ли нарушенъ такимъ лицомъ долгъ, или нѣтъ, есть вопросъ факта, подлежащій разрѣшенію въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, въ зависимости отъ свойства служебныхъ обязанностей и данныхъ обстоятельствъ». Ср. Binding, стр. 782.

2) Ср. Кузьминъ-Караваевъ, стр. 273 и сл.; то же повторяетъ военно-морской уставъ. Ср. также въ уложеніи о наказ., изд. 1885 г., ст. 1083, 1225, 1226. Такое же правило содержитъ воинскій уставъ о наказаніяхъ германской имперіи, § 49.

Дѣйствующее уложеніе указываетъ, что правила ст. 46 не примѣняются, когда самое уклоненіе отъ опасности составляетъ преступное дѣяніе.

Наконецъ, такъ же, какъ и при необходимой оборонѣ, возможно превышеніе предѣловъ необходимости, когда защищающійся употребитъ или чрезмѣрное или ненужное насиліе, или не соблюдетъ требуемой соразмѣрности; его дѣйствія при этихъ условіяхъ не могутъ почитаться непреступными, мало того, дѣйствующій законъ не признаетъ такое превышеніе предѣловъ обстоятельствомъ, особо уменьшающимъ вину, хотя, конечно, наличность такого превышенія можетъ вліять на мѣру отвѣтственности: отъ человѣка, правамъ котораго грозила дѣйствительная опасность, нельзя требовать, чтобы онъ дѣйствовалъ вполнѣ разсудительно и внимательно.

Въ тѣхъ же случаяхъ, когда необходимость существовала только въ представленіи обвиняемаго, была мнимою, его отвѣтственность опредѣлится, какъ и при мнимой оборонѣ, т. е. сообразно съ общими правилами о вліяніи ошибки и заблужденія.

§ 4. Преступное дѣяніе.

ОТДѢЛЪ I.

Виновность.

139. Для того, чтобы возникло преступное дѣяніе, виновный долженъ стать въ извѣстное отношеніе къ правовой нормѣ, отношеніе, являющееся въ видѣ посягательства на реальное бытіе этой нормы.

Посягательство предполагаетъ наличность извѣстнаго внѣшняго событія, такъ какъ правовыя нормы, на которыя посягаетъ виновный, суть правила для внѣшней дѣятельности людей, а потому современное уголовное право имѣетъ отношеніе къ внутреннему міру человѣка только съ того момента, когда его психическая дѣятельность нашла какое либо проявленіе во внѣ, и положеніе, что «съ мысли пошлины не берутъ», получило, хотя и съ небольшими изъятіями, общее признаніе.

Съ другой стороны, одного факта посягательства на норму, одного причиненія вреда или опасности для правоохраненнаго интереса, недостаточно для привлеченія учинившаго къ уголовной отвѣтственности; современное право, за малыми изъятіями, требуетъ, чтобы это посягательство, эта правонарушающая дѣятельность, являлись воплощеніемъ вины.

Только виновная дѣятельность образуетъ понятіе о дѣяніи, которое, будучи запрещено закономъ подъ страхомъ наказанія, становится преступнымъ дѣяніемъ, въ смыслѣ 1-ой статьи нашего дѣйствующаго уложенія. Такимъ образомъ, понятіе преступнаго дѣянія заключаетъ въ себѣ два момента: внѣшній—воспрещенное закономъ посягательство, т. е. содѣяніе или бездѣйствіе, и внутренній—виновность или преступную волю: преступная воля, выразившаяся въ правомѣрномъ дѣяніи, будетъ мнимымъ преступнымъ дѣяніемъ; правомѣрная воля, выразившаяся въ воспрещенномъ закономъ дѣяніи, будетъ невмѣняемымъ въ вину дѣяніемъ. Оба эти момента, столь важные и тео-

ретически и практически, должны подлежать подробному разсмотрѣнію, причемъ, сообразно съ процессомъ естественнаго развитія каждаго преступнаго дѣянія въ отдѣльности, я начну съ внутренней стороны [1]).

Но требованіе виновности, какъ условія наказуемости, далеко не всегда признавалось уголовными законодательствами.

Въ исторіи права мы встрѣчаемъ на это различные отвѣты, стоящіе въ зависимости отъ культуры народа, отъ свойствъ его юридическаго мышленія [2]).

Такъ, въ эпоху болѣе отдаленную, въ древнѣйшемъ правѣ, мы повсюду встрѣчаемся съ періодомъ такъ называемаго физическаго вмѣненія: примитивная мысль не шла далѣе внѣшняго явленія, не доискивалась бытія виновности, ея оттѣнковъ; оттого не только не различалось умышленное и неосторожное причиненіе вреда, но къ нимъ приравнивались и случайныя поврежденія; оттого возможнымъ субъектомъ преступнаго дѣянія, наравнѣ съ человѣкомъ, признавались животныя и даже неодушевленные предметы.

Но, мало-по-малу, на смѣну этого взгляда является иной: къ фактическому вмѣненію присоединяется, какъ его дополненіе, вмѣненіе моральное. Во внѣшнемъ вредѣ ищутъ проявленія внутренней виновности дѣйствующаго; въ направленіи его воли, въ его недостаточной заботливости о поддержаніи господства юридическаго порядка видятъ основу отвѣтственности — in maleficiis voluntas spectatur, non rerum exitus.

Въ нашемъ правѣ первые зачатки вмѣненія внутренняго встрѣчаются еще въ Русской Правдѣ, различавшей, напр., убійство злоумышленное, въ разбоѣ, «безъ всякія свады», отъ убійства «на пиру явлено», въ ссорѣ; а при истребленіи имущества особо выдѣлявшей злоумышленность, учиненіе вреда—«пакощами», «пакости дѣя» [3]). Еще сильнѣе выдвигается этотъ внутренній элементъ въ эпоху уставныхъ грамотъ и судебниковъ: такъ, по уставной книгѣ разбойнаго приказа въ случаѣ учиненія убійства указывается

---

1) Въ этомъ смыслѣ обыкновенно употребляется въ нѣмецкой литературѣ выраженіе «Verbrecherische Handlung, въ противоположность That, съ одной стороны, и Schuld съ другой; для перваго требуется наличность какъ объективной причинной связи—Kausalzusammenhang, такъ и субъективнаго условія—Schuldmoment. Ср. Köstlin, стр. 156; Berner, § 65; Liszt, § 28; Ianka, § 27, и др. Хотя нельзя не прибавить, что это понятіе о виновности, какъ о воспрещенной закономъ причинности посягательствъ на правоохраненные интересы, не вполнѣ соотвѣтствуетъ житейскому употребленію слова «вина», «виновный», такъ какъ мы говоримъ одинаково и о «виновникѣ» нашего счастія, нашей радости, а съ другой стороны переносимъ понятіе виновности нашего обѣдненія, нашей несостоятельности, напр., и на градъ, побившій наши посѣвы, на молнію, спалившую нашъ домъ; въ этомъ отношеніи языкъ сохранилъ еще понятіе о винѣ, какъ объ объективной причинной связи. Finger, Das Strafrecht, § 33, Begriff der Schuld, доказываетъ, что въ нѣмецкомъ языкѣ выраженіе «schuld sein» указываетъ не только на бытіе причинной связи явленій, но и участіе въ этой связи воли виновнаго и при томъ участіе въ смыслѣ вредоноснаго, заслуживающаго порицанія. Но едва ли это толкованіе вѣрно и для Германіи. Ср., напр., Binding, Normen, § 38 прим. 56.

2) Ср. указанія у Кистяковскаго, § 166 и сл.; Geib, стр. 251 и сл.; H. Meyer, § 24; Liszt, § 38. Ср. литературныя указанія, а также и историческія данныя въ моемъ курсѣ, II, №№ 187 и 188. Ср. Liepmann, Ueber die ethischen Grundlagen des Schuldbegriffs. L. Z. XIV, стр. 446 и сл.

3) Хотя отсюда вовсе не вытекаетъ, чтобы уже Русская Правда различала всѣ виды виновности, какъ утверждалъ Н. Неклюдовъ, приложенія, стр. 473—475. Ср. противоположныя указанія у Калачова, Изслѣдованіе о Русской Правдѣ, 1846 г. стр. 107.

обвиняемаго пытать: какимъ обычаемъ учинилось убійство, умышленьемъ ли или пьянымъ дѣломъ, неумышленьемъ, и сообразно съ этимъ установляется отвѣтственность. Уложеніе царя Алексѣя Михайловича подробно останавливается на различіи видовъ виновности, хотя даже и оно не могло отрѣшиться отъ укоренившагося принципа объективнаго вмѣненія, относя, напр., нерѣдко къ винѣ неосторожной и случайное причиненіе вреда; да и въ позднѣйшемъ правѣ мы найдемъ несомнѣнные слѣды отвѣтственности за фактъ, а не за выразившуюся въ немъ преступную волю. Воинскій уставъ различаетъ обѣ основныя формы виновности—умыселъ и неосторожность, а затѣмъ это различіе переходитъ и въ сводъ законовъ, но слѣды объективнаго вмѣненія остаются и въ немъ.

Въ существованіи такихъ изъятій мы можемъ убѣдиться при обзорѣ, напр., уложенія 1845 г., особенно его раздѣловъ полицейскихъ и фискальныхъ нарушеній, причемъ эти изъятія или основываются исключительно на прямомъ указаніи закона, или выводятся изъ разбора юридическаго состава отдѣльныхъ дѣяній. Съ точки зрѣнія доктрины, конечно, только послѣднія изъятія имѣютъ дѣйствительное значеніе; но для судебной практики столь же обязательны и изъятія чисто положительнаго характера, хотя бы они являлись въ законѣ простымъ остаткомъ старины, утратившимъ всякое раціональное основаніе. Такія постановленія, какъ составляющія прямыя изъятія изъ основнаго принципа уголовной отвѣтственности, во всякомъ случаѣ должны быть примѣняемы ограничительно [1])

Таковы, напр., были случаи отвѣтственности лицъ юридическихъ. Если денежная пеня падала на юридическое лицо, какъ таковое, то каждый отдѣльный его членъ уплачивалъ свою часть, какъ наказаніе, безъ всякаго отношенія къ его личной виновности. На этомъ основаніи участвовали въ платежѣ подобной пени не только тѣ члены юридическаго лица, которые знали или могли знать о совершеніи преступнаго дѣянія, но и находившіеся въ отсутствіи, душевно больные и т. д.

Далѣе, объективный характеръ вмѣненія представляетъ уголовная отвѣтственность за преступныя дѣянія, учиненныя другими лицами, дѣйствовавшими безъ соглашенія съ отвѣчающимъ и не подходящими подъ понятіе его соучастниковъ. Старое право знало много случаевъ такой отвѣтственности,—зависѣвшей или отъ свойства наказанія, напр., нашей ссылки въ XVI и XVII вѣкахъ, или, въ особенности, отъ свойства преступныхъ дѣя-

---

1) Къ сожалѣнію, практика кассаціонная, въ особенности нѣмецкая, подъ вліяніемъ старыхъ преданій о физическомъ вмѣненіи, а въ особенности подъ вліяніемъ стараго процесса, съ его системою формальныхъ доказательствъ и сѣтью презумпцій всякаго рода, допускаетъ много такихъ изъятій. По поводу этихъ изъятій и распространяющей ихъ практики Binding (Normen, II, 616) говоритъ: «Признаніе, что матеріальный уголовный законъ, съ полнымъ сознаніемъ угрожаетъ уголовнымъ наказаніемъ за дѣянія, совершенно безвинныя, заключаетъ въ себѣ самый тяжелый упрекъ, который можно сдѣлать современнымъ законодателямъ,—упрекъ сознательнаго нарушенія основныхъ началъ справедливости и ничѣмъ не оправдываемое посягательство (des schnödesten Verrathes) на чувство справедливости гражданъ». Болѣе подробное изложеніе этого интереснаго и мало разработаннаго вопроса см. въ моемъ курсѣ, II, № 272 и сл.; J. Zeitler, Strafe ohne Schuld im deutschen Reichsstrafgesetzbuch, даетъ весьма подробный обзоръ случаевъ этого рода по германскому уложенію,—онъ находитъ элементы объективнаго вмѣненія даже въ обидѣ и клеветѣ.

ній, напр., политическихъ, религіозныхъ, распространяя таковую на семью обвиняемаго, хотя бы и не участвовавшую въ его преступленіи; но философія XVIII вѣка и въ этомъ отношеніи произвела крупный переворотъ, провозгласивъ принципъ исключительно личной уголовной отвѣтственности и значительно ограничивъ объемъ такихъ случаевъ, требуя прямаго указанія на то закона [1]). Нынѣ подобныя изъятія по ихъ существу сводятся къ двумъ группамъ: одни основываются на предполагаемой винѣ отвѣчающаго за другихъ, на его небрежности по надзору за дѣйствіями непосредственно виновныхъ, на легкомысленномъ выборѣ имъ какого либо лица для исполненія извѣстныхъ обязанностей; таковы встрѣчающіеся въ законодательствахъ случаи отвѣтственности родителей, воспитателей или опекуновъ за проступки малолѣтнихъ, предпринимателей — за ихъ агентовъ, хозяевъ — за слугъ; другія оправдываются исключительно интересами полицейскими и фискальными [2]).

Въ нашемъ правѣ такія постановленія встрѣчаются частью въ уложеніи, частью въ законахъ спеціальныхъ. Такъ, въ видѣ примѣра, можно указать на отвѣтственность редактора повременнаго изданія за содержаніе напечатанныхъ въ немъ статей; на отвѣтственность книгопродавца, типографщика и издателя, при условіяхъ, указанныхъ въ ст. 303 улож. [3]), или на отвѣтственность, по уставу питейному, заводчиковъ и содержателей питейныхъ заведеній за преступныя дѣянія, учиненныя безъ ихъ согласія и вѣдома: во-1-хъ, въ тѣхъ случаяхъ, когда нарушеніе учинено арендаторомъ, коему сданъ заводъ, безъ соблюденія установленныхъ для сего

---

1) Такъ, и нашъ Сенатъ неоднократно въ своихъ рѣшеніяхъ (по дѣламъ: Поповой, 72/1248; Бурѣева, 72/1553; Губонина, 77/17) высказывалъ, что такъ какъ, на основаніи ст. 15 у. у. с., по дѣламъ уголовнымъ всякій несетъ отвѣтственность самъ за себя, то всякое исключеніе изъ этого правила должно быть ясно и точно оговорено въ законѣ и не можетъ быть, напр., основано на контрактѣ, такъ какъ изъ договоровъ можетъ возникать только отвѣтственность гражданская.

2) При этомъ необходимо имѣть въ виду: во-1-хъ, что къ указаннымъ изъятіямъ не относятся тѣ случаи, когда законъ наказываетъ предпринимателей или хозяевъ именно за порученіе исправленія какихъ либо обязанностей людямъ, завѣдомо для того неспособнымъ, какъ, напр., при отвѣтственности по уложенію за лицъ, принятыхъ на службу по эксплоатаціи желѣзныхъ дорогъ, хозяевъ за порученіе управленія лошадью неумѣлому или пьяному кучеру, такъ какъ въ этихъ случаяхъ всегда должна быть доказана «завѣдомость» и, слѣдовательно, виновность; во-2-хъ, что здѣсь имѣется въ виду отвѣтственность уголовная, а не вознагражденіе за вредъ и убытки, гдѣ, конечно, отвѣтственность за дѣйствія уполномоченныхъ представляется въ гораздо болѣе широкомъ объемѣ. Binding, § 105, хотя и говоритъ, что въ этихъ случаяхъ хозяинъ отвѣчаетъ за свою вину—culpa in eligendo, но затѣмъ сознается, что практическое осуществленіе этой отвѣтственности опредѣляется главнымъ образомъ фискальными цѣлями, а не интересами справедливости. Ср. Bar, Zur Lehre von der Culpa, § 14; разнообразная практика французскаго кассаціоннаго суда подробно разсмотрѣна у A. Morin, Examen critique de la jurisprudence sur la responsabilité pénal въ Journal du droit criminel, за 1859 г. F. Hélie, Pratique, II, № 137, насчитываетъ 6 случаевъ, въ которыхъ amende падаетъ на лицъ, гражданскихъ отвѣтственныхъ. Ср. Blanche, Etudes, II, Ср. № 280. Ср. также J. Heimann, Die rechtlich Natur der subsidiarischen Vertretungsverbindlichkeit dritter Personen nach den Zoll und Steuergesetzen. 1892.

3) R. Loening, Die strafrechtliche Haftung des verantwortlichen Redacteurs, 1889; Oetker, Die strafrechtliche Haftung des verantwortlichen Redacteurs, 1893; R.Schmidt, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Pressvergehen, 1895; Oesterlein, Die Ausdehnung des Pressprocesses auf diet echnischen Arbeiter, 1894.

правилъ, или приказчикомъ питейнаго заведенія, не имѣющимъ установленнаго свидѣтельства [1]), и во-2-хъ, въ случаѣ несостоятельности непосредственно виновныхъ къ уплатѣ въ размѣрѣ $^3/_4$ слѣдующихъ съ нихъ денежныхъ взысканій; въ послѣднемъ случаѣ, впрочемъ, хозяева сохраняютъ за собою право регресса, и въ случаѣ неуплаты таковой пени не подлежатъ личному взысканію, такъ что отвѣтственность теряетъ въ сущности свойство уголовнаго наказанія, а представляется лишь фискальною мѣрою, ограждающею исправное поступленіе въ казну денежныхъ взысканій, въ виду чего, по разъясненію Сената, такихъ лицъ, платящихъ за несостоятельныхъ, судъ не имѣетъ права признавать подсудимыми и не можетъ привлекать къ суду обвинительными актами [2]). Правила послѣдняго рода содержатся въ постановленіяхъ о нарушеніи устава табачнаго, правилъ объ акцизѣ съ нефтяныхъ маслъ, т. д. [3]).

Наконецъ, такія исключенія опредѣляются при нѣкоторыхъ отдѣльныхъ преступныхъ дѣяніяхъ законною обрисовкою ихъ состава, въ видѣ какъ бы наростанія на умышленную или неосторожную преступную дѣятельность; разборъ этихъ отступленій можетъ быть сдѣланъ только при изложеніи особенной части, а здѣсь могутъ быть намѣчены лишь нѣкоторыя черты.

Эти чисто объективные элементы состава всего чаще являются условіями, выдѣляющими извѣстные случаи изъ родоваго типа: такое значеніе имѣетъ, напр., стоимость вещи при воровствѣ и мошенничествѣ, нахожденіе оружія, отмычекъ при нищенствѣ или бродяжествѣ и т. д. Самыя обстоятельства могутъ относиться или къ обстановкѣ преступленія, условіямъ мѣста, времени и т. п., или же къ послѣдствіямъ преступнаго дѣянія: такъ, напр., тяжкія тѣлесныя поврежденія, умышленно нанесенныя, наказываются усиленно, какъ скоро они сопровождались весьма тяжкими поврежденіями, или когда послѣдствіемъ ихъ была смерть и т. п.; иногда же они обусловливаютъ и самую преступность дѣянія, напр., при нахожденіи въ чужомъ лѣсу или угодьяхъ внѣ дороги, съ орудіями рубки или охоты [4]).

Такимъ образомъ, нынѣ для уголовной отвѣтственности необходимо,

---

1) Но и въ сихъ случаяхъ они подвергаются лишь денежному взысканію, а аресту, тюремному заключенію и лишенію правъ на выдѣлку питей и торговлю подвергаются непосредственно виновные въ нарушеніи.

2) См. вообще разъясненія Сената въ первыхъ моихъ изданіяхъ (до 4-го включительно) уложенія о наказаніяхъ подъ нынѣ отмѣненною ст. 704 уложенія; въ особенности рѣшеніе 1873 г. № 789, по дѣлу о злоупотребленіяхъ на сабуровскомъ винокуренномъ заводѣ. По разъясненіямъ Сената, въ тѣхъ случаяхъ, когда хозяева подлежатъ личной отвѣтственности за дѣйствія другихъ лицъ, они привлекаются уже при возбужденіи дѣла въ качествѣ обвиняемыхъ, а въ тѣхъ случаяхъ, когда они уплачиваютъ пеню по несостоятельности непосредственно виновныхъ, они могутъ принимать участіе въ дѣлѣ на основаніи ст. 760 у. у. с., по аналогіи съ гражданскими истцами. Примѣры такой отвѣтственности по германскому праву у Binding, Handbuch, § 105 пр. 5.

3) Тотъ же характеръ имѣетъ отвѣтственность хозяина торговаго заведенія за нарушеніе правилъ о торговлѣ, какъ скоро недозволенная торговля производится за его счетъ и прибыль; отвѣтственность хозяина дома за безпатентную торговлю.

4) Ср. критическій разборъ постановленій этого рода въ германскомъ уложеніи у Löffler, в. с. стр. 263 и сл., и въ монографіи Zeitler'a.

чтобы посягательство на правоохраненный интересъ было результатомъ виновности посягающаго [1]).

Но можетъ ли лицо, находящееся въ состояніи вмѣняемости, учинить посягательство, не заключающее въ себѣ внутренней виновности? И жизненный опытъ, и законъ, даютъ на это утвердительный отвѣтъ, указывая на такія условія дѣятельности, при наличности коихъ учиненное дѣеспособнымъ субъектомъ неможетъ быть ему вмѣнено въ вину, такъ какъ субъектъ является простымъ физическимъ производителемъ событія, слѣпымъ орудіемъ посторонней для него силы.

Бытіе такихъ своеобразныхъ условій объясняется тѣмъ, что элементы, которые служатъ характеристикою дѣеспособности, хотя и существуютъ относительно даннаго лица апріорно, но они не только не проявляются, но и не могутъ проявиться конкретно въ данное время, по отношенію къ данному дѣйствію. А такъ какъ эти элементы вмѣняемости двояки—способность сознавать совершаемое и способность руководствоваться сознаннымъ, то также двояки и условія, устраняющія вмѣненіе въ вину.

Во-1-хъ, случайность дѣянія, когда лицо, по своему возрасту, интеллектуальному и моральному развитію, вполнѣ дѣеспособное, дѣйствовало при такихъ условіяхъ, что оно не только не сознавало, но и не могло сознать, что учиняетъ дѣяніе преступное, или что изъ его поступка произойдутъ преступныя послѣдствія, и во-2-хъ, дѣяніе, вынужденное физическою силою, когда лицо дѣеспособное сознавало, что учиняемое имъ преступно, но находилось въ такихъ объективныхъ условіяхъ, благодаря коимъ оно не могло избѣгнуть нарушенія требованій закона, было орудіемъ непреодолимой силы.

140. Случайность посягательства исключаетъ всякую виновность и

---

1) Ср. подробныя литературныя указанія въ моемъ курсѣ, II № 189 стр. 19; и у Binding, Grundriss, 5-е изд. стр. 98 и Normen, § 56 прим. 614; изъ монографій можно указать: Berner, Die Grundlinien der criminalistischen Imputationslehre, 1843, стр. 174—294; E. Osenbrüggen, Abhandlungen aus dem Strafrechte, 1857; Gessler, Ueber Begriff und Arten des Dolus, 1860; Geyer, Erörterungen aus dem Strafrechte, 1862, стр. 1—32; Wahlberg, Gesammelte kleine Schriften, 1875, ч. 1, стр. 35—67; Binding, Die Normen und ihre Uebertretung, II, 1871; Ortloff, Die Schuldarten im Strafrecht, G. 1882, стр. 401—463; H. Lucas, Die subjective Verschuldung im heutigen deutschen Strafrechte, 1883 г.; E. Heitz, Das Wesen des Vorsatzes im heutigen gemeinen deutschen Strafrechte, 1885 г.; Bünger, Ueber Vorstellung und Wille, als Elemente der subjectiven Verschuldung, стр. 291—365; Kuhlenbeck, Der Schuldbegriff, als Einheit von Wille und Vorstellung in ursachlicher Beziehung zum Verantwortlichkeitserfolg, 1892; Buri, Ueber die Begriffe des Vorsatzes und der Handlung. G. XLI, стр. 408 и сл.; его же, Vorstellung und Wille. G. XLIII, стр. 241—272; R. Franck, Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre, L.Z.X., стр. 169—228; Wesnitsch, Die Schuldlehre im Lichte der modernen Wissenschaft L.Z. XII; Ortloff, Zur Lehre von den strafrechtlichen Vorsatze und dem Determinismus, L. Z. XIV, стр. 161 и сл.; Liebmann, Die ethischen Grundlagen des Schuldbegriffs, L. Z. XIV, стр. 446; A. Loffler, Die Schuldformen des Strafrechts, in vergleichend-historischen und dogmatischen Darstellung 1895 г. (вышелъ только одинъ выпускъ о развитіи ученія въ Германіи и Австріи); Horn, Wille und Willensmacht, die Bedeutung des Willens für die Strafrechtstheorie, die empirische Natur des Willens. G. LI; K. Hauser, Zur Lehre vom strafrechtlichen Vorsatz. G. LIV, стр. 1, 161; Huther, Die Causalität des Willens, G. LIV (разборъ теоріи Horn'a) стр. 86, 260; его же, Der Vorsatz. G. LVIII стр. 270—338. K. Klee, Zur Lehre vom strafrechtlichen Vorsatz. 1897; Hagen, Der Vorsatz und seine Feststellung, L. Z. XIX стр. 160 и сл.; H. Basedow, Die strafrechtliche Verschuldung, 1898; въ особенности интересный трудъ M. Mayer, Die schuldhafte Handlung und ihre Arten, 1901.

отвѣтственность—nullum crimen est in casu; но при какихъ условіяхъ и въ какомъ объемѣ? [1]).

Прежде всего, извѣстное событіе можетъ быть признаваемо случайнымъ только по отношенію къ сознанію дѣйствующаго или наблюдающаго, такъ какъ со стороны объективной всякое явленіе въ мірѣ есть неизбѣжный продуктъ своихъ предыдущихъ: въ природѣ ничего случайнаго не существуетъ. Сообразно съ этимъ условнымъ воззрѣніемъ на случайность, и въ правѣ уголовномъ мы называемъ случайными только такія посягательства на правоохраненный интересъ, которыя учинившій не только не предвидѣлъ, но и не могъ предвидѣть, при полной внимательности къ своей дѣятельности, или которыхъ наступленіе не только казалось, но и должно было казаться ему при данныхъ обстоятельствахъ невѣроятнымъ; причемъ, очевидно, такое понятіе о случайномъ не можетъ имѣть абсолютнаго характера [2]). Такимъ образомъ, отравленіе будетъ случайнымъ, какъ скоро отравившій не зналъ и не могъ знать, что даваемое имъ вещество ядовито, или если онъ и зналъ, что при извѣстныхъ условіяхъ данное вещество можетъ имѣть свойства яда, но не могъ и предполагать, что подобныя условія существуютъ въ данномъ случаѣ.

Случайнымъ можетъ быть, далѣе, какъ содѣяніе чего либо, такъ и бездѣйствіе: свидѣтель, неявившійся въ судъ, можетъ сослаться, напр., въ свое оправданіе на то, что въ повѣсткѣ былъ ошибочно указанъ не тотъ день засѣданія.

Случайнымъ, исключающимъ возможность предвидѣнія, можетъ быть самое дѣйствіе лица, его движеніе, какъ, напр., потеря баланса и паденіе на совершенно ровномъ мѣстѣ; но всего чаще случайными могутъ быть послѣдствія дѣйствія, произведенныя имъ видоизмѣненія во внѣшнемъ мірѣ, такъ что самое дѣйствіе можетъ быть волимымъ, а послѣдствія—случайными, когда, напр., проѣзжавшій на лошади задавилъ прохожаго, потому что лошадь испугалась и понесла.

Случайность, какъ невозможность предвидѣнія, относится главнымъ образомъ къ фактическимъ элементамъ даннаго событія; но въ уголовномъ правѣ случайность можетъ получить болѣе широкое значеніе, относясь и къ юридической обстановкѣ дѣянія [3]). Вступившій въ бракъ съ родственникомъ можетъ быть признанъ случайно, т. е. безвинно вступившимъ въ противозаконный бракъ, какъ скоро обвиняемый не могъ и предполагать, что онъ состоитъ въ родственныхъ отношеніяхъ съ другимъ брачущимся; обвиняемый въ нарушеніи полицейскаго запрета можетъ сослаться на случайность нарушенія, если онъ, несмотря на все свое доброе желаніе, не могъ узнать о существованіи нарушеннаго имъ запрета, когда, напр., запретъ оставался секретнымъ.

Когда случайными являются послѣдствія извѣстнаго дѣйствія, то самое дѣйствіе, конечно, можетъ имѣть весьма различную юридическую характеристику: оно можетъ быть само по себѣ дѣйствіемъ дозволеннымъ, юриди-

---

1) Wahlberg. Bemerkungen über Handlung und Zufall im Sinn des Reichsstrafrecht, L. Z. II, стр. 204; M. Rümelin, Der Zufall im Recht. 1896.

2) См. далѣе въ ученіи о неосторожности и въ ученіи объ опасности.

3) См. далѣе ученіе о вліяніи ошибки и заблужденія.

чески безразличнымъ, или преступнымъ. Если кто либо, идя осторожно съ фонаремъ на сѣновалъ, споткнулся такъ, что свѣчка выпала изъ фонаря и зажгла сѣно, то мы будемъ считать происшедшій пожаръ случайнымъ, независимо отъ того, шелъ ли съ фонаремъ кучеръ за сѣномъ, или воръ для кражи [1]).

Ненаказуемость случайныхъ посягательствъ на норму въ ея реальномъ бытіи признается всѣми законодательствами, причемъ прежніе кодексы по большей части вносили объ этомъ особыя постановленія въ законъ, а новые, по примѣру французскаго кодекса, вовсе не упоминаютъ о случаѣ, считая какъ бы аксіомою ненаказуемость случайныхъ посягательствъ.

Уложеніе 1845 г. содержало нѣсколько постановленій, относящихся къ этому вопросу, какъ въ общей (ст. 5, 91 п. 5, 93 и 110), такъ и въ особенной части (ст. 1470 и 1495) [2]), къ сожалѣнію не отличавшихся ни точностью, ни единствомъ, а потому возбуждавшихъ значительныя недоразумѣнія на практикѣ. На основаніи статьи 5-й, «зло, сдѣланное случайно, не только безъ намѣренія, но и безъ всякой со стороны учинившаго оное неосторожности, не почиталось виною», причемъ выраженіе «зло», противополагаемое винѣ, несомнѣнно охватывало всякаго рода преступныя дѣянія, учиненныя случайно. Случайность характеризовалась отсутствіемъ всякой неосторожности, а самое это условіе устанавливалось исключительно съ точки зрѣнія обвиняемаго, принимая во вниманіе всю индивидуальную обстановку дѣянія. Далѣе, дѣяніе, вызвавшее случайное правонарушеніе, могло быть запрещенное закономъ и не запрещенное; статья 93 говорила: «если, однакожъ, дѣяніе, отъ коего послѣдовало случайное зло, было само по себѣ противозаконное, то учинившій подвергается наказанію, но лишь за то, что былъ намѣренъ учинить».

Случайно учиненное зло по уложенію не влекло никакой отвѣтственности; только при случайномъ убійствѣ на виновнаго налагалось церковное покаяніе, но и то по его желанію, для успокоенія его совѣсти.

Уставъ о наказаніяхъ (ст. 10 п. 1) говорилъ, что проступки, совершенные случайно, не вмѣняются въ вину; а уставъ воинскій (ст. 68 по изд. 1875 г.) прибавлялъ къ этому: «когда со стороны учинившаго оное не было притомъ невнимательности къ обязанностямъ его по службѣ, но если окажется такая невнимательность, то онъ отвѣчаетъ только за нее, смотря по обстоятельствамъ, къ ней относящимся».

Въ дѣйствующее уголовное уложеніе также внесено спеціальное постановленіе о томъ, что не вмѣняется въ вину преступное дѣяніе, коего учинившій не могъ предвидѣть или предотвратить. Какъ говорится въ объяснительной запискѣ, это постановленіе удержано, несмотря на сдѣланныя возраженія противъ внесенія его въ кодексъ: во-1-хъ, потому, что существующія въ

---

1) Это положеніе весьма часто игнорируется, какъ практикою, такъ и доктриною. Такъ, Кистяковскій, § 175, говоритъ: «дѣйствіе, отъ котораго происходитъ случайное правонарушеніе, должно быть не запрещено закономъ, и, слѣдовательно, какъ въ уголовномъ, такъ и въ полицейскомъ отношеніи, должно быть невинное». Ср. по этому поводу Köstlin, System, § 63, пр. I.

2) Ср. также опредѣленіе случайныхъ дѣяній въ статьѣ 357.

дѣйствующемъ уложеніи неясныя и противорѣчивыя постановленія о значеніи случайныхъ дѣяній могутъ вредно вліять на нашу практику, если не будутъ замѣнены прямыми постановленіями новаго уложенія, а во-2-хъ, потому, что только при такомъ постановленіи получатъ надлежащую точность внесенныя въ законъ опредѣленія умысла и неосторожности. Самое выраженіе «преступное дѣяніе» употреблено въ томъ техническомъ смыслѣ, который ему придан̀ъ 1 статьею уложенія, и соотвѣтствуетъ слову «зло», употребленному въ уложеніи 1845 г.; такимъ образомъ, невозможность для учинившаго преступное дѣяніе предвидѣть таковое равносильна понятію невозможности для учинившаго предвидѣть, что онъ окажется виновнымъ въ неисполненіи требованія или запрета закона.

Точно также исключаетъ вмѣненіе и физическое принужденіе (vis absoluta), когда дѣйствующій былъ простымъ орудіемъ или средствомъ, когда, сознавая преступность совершаемаго, онъ, тѣмъ не менѣе, не имѣлъ возможности выполнить требованіе закона или воспрепятствовать его нарушенію.

Такое физическое принужденіе можетъ происходить отъ силъ природы, отъ біологическихъ процессовъ, совершающихся въ человѣкѣ, въ особенности, напр., при рефлективныхъ движеніяхъ и дѣйствіяхъ, отъ животнаго, отъ человѣка, дѣйствующаго притомъ безсознательно или сознательно и даже преступно.

Физическое принужденіе не только близко соприкасается съ психическимъ но нерѣдко смѣшивается съ нимъ и соединяется въ одно общее понятіе [1]), хотя такое смѣшеніе представляется неправильнымъ. При психическомъ принужденіи всегда существуетъ выборъ между двумя возможностями: или пожертвовать собою и своимъ благомъ, или посягнуть на чей либо правоохраненный интересъ; при принужденіи физическомъ ни о какомъ выборѣ не можетъ быть и рѣчи: человѣкъ дѣйствуетъ, какъ простое орудіе какой либо силы. Психическое принужденіе не уничтожаетъ вмѣненія, а уничтожаетъ преступность, и то только при извѣстномъ соотношеніи блага защищаемаго и нарушаемаго; принужденіе физическое устраняетъ виновность и вмѣненіе, и, вмѣстѣ съ тѣмъ, безусловно уничтожаетъ преступность совершеннаго.

Принужденіе физическое устраняетъ преступность учиненнаго, независимо отъ его важности и свойства. Такимъ образомъ, напр., ссылка на такое принужденіе возможна при активномъ нарушеніи чьихъ либо правъ, когда, напр., рукою принужденнаго наносится ударъ, подписывается подложный документъ и т. д.; еще чаще ссылка на такое принужденіе дѣлается

---

1) Такъ, напр., всѣ французскіе криминалисты разсматриваютъ совмѣстно принужденіе физическое и психическое; то же дѣлаютъ изъ нашихъ криминалистовъ Спасовичъ, Будзинскій и Кистяковскій. Весьма обстоятельныя возраженія противъ такого смѣшенія vis compulsiva и vis absoluta дѣлаетъ Кестлинъ, System, § 61. Нельзя не прибавить, что подобное различіе обоихъ видовъ принужденія признается и многими изъ цивилистовъ. Savigny, System, III, § 101, указываетъ и на практическое послѣдствіе этого различія, напр., при потерѣ владѣнія одинъ видъ обосновываетъ interdictum de vi, а другой actio quod metus causa. Windscheid, Pandekten, 1, § 80, пр. 1 и Goudsmith, Cours des pandectes, стр. 125, пр. 2, исключаютъ vis absoluta изъ ученія о принужденіи.

въ оправданіе бездѣйствія, неисполненія обязанностей, напр., неявки свидѣтеля [1]), недонесенія и т. д.; оправданіе обвиняемой въ прелюбодѣяніи или кровосмѣшеніи тѣмъ, что въ моментъ учиненія преступленія она была связана по рукамъ и ногамъ [2]); далѣе, такая ссылка возможна въ оправданіе полицейскихъ нарушеній, какъ, напр., ссылка кучера, ѣхавшаго ночью безъ зажженнаго фонаря, на то, что градъ разбилъ фонарь кареты и потушилъ огонь; ссылка лица, оказавшагося съ зажженною сигарою въ мѣстѣ, гдѣ курить воспрещается, на то, что его понесла лошадь и занесла въ это мѣсто и т. д.

Изъ западно-европейскихъ кодексовъ кодексъ французскій говоритъ о force majeure въ ст. 64, на основаніи коей учиненное не признается ни преступленіемъ, ни проступкомъ, какъ скоро учинившій былъ принужденъ къ тому силою, которой онъ не могъ сопротивляться, или, какъ говоритъ Dalloz (art. 64, № 174), силою, которую онъ не могъ ни предвидѣть, ни избѣжать, и которой онъ не могъ сопротивляться. Подъ это постановленіе комментаторы и практика подводятъ какъ принужденіе физическое, такъ и психическое, и притомъ распространяя дѣйствіе этой статьи и на полицейскія нарушенія, и на дѣянія, предусмотрѣнныя спеціальными законами [3]). Такое же постановленіе содержатъ кодексы бельгійскій и голландскій. Въ Германіи практика подводитъ эти случаи подъ постановленія статьи 52 о непреодолимой силѣ (unwiderstehliche Gewalt).

Наше уложеніе 1845 г. умалчивало о физическомъ принужденіи, такъ что при рѣшеніи случаевъ этого рода или приходилось доказывать ихъ безнаказанность на основаніи ст. 100, говорящей о принужденіи отъ неодолимой силы, или же дѣлать этотъ выводъ посредственно, на томъ основаніи, что въ подобныхъ случаяхъ не заключается ни умысла, ни неосторожности, безъ наличности коихъ немыслима уголовная отвѣтственность.

Уголовное уложеніе указываетъ спеціально на это условіе въ приведенномъ выше постановленіи о случайныхъ дѣяніяхъ, оттѣняя ненаказуемость такихъ дѣяній или такихъ послѣдствій дѣянія, которыя виновный хотя и предвидѣлъ, но предотвратить не могъ.

141. Такимъ образомъ, лицо, обладающее способностью ко вмѣненію, тогда только учиняетъ преступное и наказуемое дѣяніе, когда оно въ этомъ дѣяніи проявляетъ или имѣетъ возможность проявить эту способность, когда совершенное посягательство стоитъ въ извѣстномъ соотношеніи съ сознаніемъ дѣйствующаго, съ его психическою работою, предшествовавшею дѣятельности, проявляетъ его хотѣніе или волю. Воля и составляетъ сущность виновности, такъ какъ всякая виновность заключаетъ въ себѣ порочность

---

1) Такъ, напр., нашъ уставъ уголовнаго судопроизводства признаетъ законными причинами неявки лишеніе свободы, прекращеніе сообщенія во время заразы, нашествіе непріятеля, необыкновенное разлитіе рѣкъ, болѣзнь.

2) Ср. L. 13 § 7 Dig. ad leg. Jul. de adult. (48, 5).

3) Особенно подробно мотивировано такое распространительное толкованіе въ рѣшеніи французскаго кассаціоннаго суда 26 Февр. 1861 г. Ср. Blanche, II, № 213, 214; Dalloz, art. 64, № 174. Подробно изложенъ вопросъ о принужденіи физическомъ у Molinier, I, стр. 184.

или недостатокъ, дефектъ нашей воли, нашего самонаправленія къ дѣятельности; одна мысль, какъ бы порочна она ни была, можетъ подлежать суду совѣсти, но не суду уголовному [1]).

Очевидно, что соотношеніе между волею съ одной стороны и преступнымъ посягательствомъ съ другой, допускаетъ различные оттѣнки [2]), начиная отъ направленія нашей преступной дѣятельности вполнѣ соотвѣтственно съ нашими предположеніями и желаніями и кончая причиненіемъ вреда или нарушеніемъ закона, въ моментъ дѣйствія учинившимъ непредвидѣнныхъ.

Всѣ эти оттѣнки виновности современная доктрина сводитъ обыкновенно къ двумъ типамъ [3])—умыслу и неосторожности. Всякое преступное дѣяніе предполагаетъ дѣятельность лица, его вызвавшаго; эта дѣятельность по ея субъективной оцѣнкѣ можетъ быть двоякая: или она была направлена, прямо или косвенно, на происшедшее посягательство, или такого направленія не существовало, но для дѣйствующаго была возможность избѣгнуть правонарушенія; первая форма подойдетъ подъ понятіе умысла, dolus, а вторая—подъ понятіе неосторожности, culpa [4]). Основной признакъ не-

---

1) Binding, Normen, II, стр. 103—Willensschuld, а не Gedankenschuld.

2) Это послужило, между прочимъ, основаніемъ такъ называемаго формальнаго дѣленія видовъ виновности, Такъ, Berner, § 65, а за нимъ Schütze, § 39, относятъ къ умыслу тѣ случаи, гдѣ внутренняя и внѣшняя сторона взаимно другъ друга покрываютъ, а къ неосторожности—тѣ, гдѣ внутренняя сторона является по объему менѣе внѣшней, сопоставляя такимъ образомъ умыселъ съ оконченнымъ дѣяніемъ, а неосторожность—съ покушеніемъ, при которомъ является перевѣсъ желаемаго надъ выполненнымъ; но это дѣленіе не даетъ дѣйствительной характеристики видовъ виновности, а вмѣстѣ и невѣрно опредѣляетъ ихъ, какъ, напр., умыселъ, такъ какъ тождество исчезаетъ при ошибкѣ въ объектѣ, при недостиженіи цѣли. Ср. разборъ этого опредѣленія у Binding'а, Normen II, стр. 165.

3) Ср. болѣе подробныя указанія такого распредѣленія оттѣнковъ виновности въ моемъ курсѣ, II, №№ 190 и 191. Изъ нѣмецкихъ криминалистовъ Кестлинъ, System, §§ 71 и 72, допускаетъ трехчленное дѣленіе, ставя между умысломъ и неосторожностью еще третью форму, къ которой онъ относитъ тѣ случаи, когда объективная природа дѣянія была сознаваема, но не желаема (luxuria), или желаема, но не ясно сознаваема (impetus); но попытка Кестлина давно уже встрѣтила полный отпоръ въ нѣмецкой литературѣ. Ср. Binding, Normen, II, § 39, Arten der Schuld; у него же, § 44, разборъ другихъ попытокъ отступленія отъ двухчленнаго дѣленія. Однако Löffler въ своемъ большомъ трудѣ снова пытается установить три оттѣнка виновности, относя къ среднему виду случаи предвидимости результата, какъ вѣроятнаго (Wissentlichkeit); ср. у него въ особенности стр. 225 и сл. Французскіе криминалисты нерѣдко говорятъ, что не можетъ быть ненамѣренныхъ дѣяній и, такимъ образомъ, какъ бы признаютъ только одну форму виновности; Ortolan, № 380, справедливо возражая противъ такого невѣрнаго опредѣленія, замѣчаетъ, что оно сложилось подъ вліяніемъ гражданскаго римскаго права, по которому всѣ вредныя дѣянія, совершаемыя безъ намѣренія, относились къ quasi delicta; у нѣкоторыхъ французскихъ писателей начала нынѣшняго столѣтія встрѣчаются выраженія dol и faute (Ср. Molinier); болѣе новые предлагаютъ различать faute intentionnelle et faute non intentionnelle. Ср. Garraud, Laborde, Thiry.

4) Современное уголовное право не знаетъ ни одного общаго термина для означенія обѣихъ формъ виновности. Въ римскомъ правѣ слово culpa употреблялось въ двоякомъ смыслѣ: въ обширномъ—для означенія всякой вины, и въ тѣсномъ—для означенія неосторожности; эта же терминологія встрѣчается иногда и нынѣ въ учебникахъ гражданскаго права. Ср. Марецоль, учебникъ римскаго гражданскаго права, § 120; Wangerow, Pandekten, § 106; противъ этого обобщенія термина culpa—Windscheid, Pandekten, I, § 101, пр. 7. Во французскомъ правѣ и теперь слово «faute» упо-

осторожности, какъ училъ еще Клейнъ, имѣетъ отрицательный характеръ: учинившій преступное дѣяніе долженъ былъ дѣйствовать иначе, чѣмъ онъ дѣйствовалъ, онъ проявилъ ненадлежаще правомѣрную волю; основной признакъ умысла—положительный: учинившій преступное дѣяніе сознательно направилъ свою дѣятельность вопреки требованіямъ права и закона, онъ проявилъ злую волю [1]).

Это различіе двухъ типовъ виновности проходитъ чрезъ всю область преступныхъ дѣяній, начиная отъ тяжкихъ злодѣяній и кончая маловажными нарушеніями; но роль, которую играютъ оба эти типа въ отдѣльности, не одинакова. Мы не найдемъ въ современномъ уголовномъ правѣ ни одного посягательства на правоохраненный интересъ, которое не могло бы быть учинено сознательно и волимо, т. е. умышленно; но мы найдемъ рядъ дѣяній, которыя, по ихъ юридической структурѣ, по обрисовкѣ ихъ въ кодексѣ, не могутъ быть учинены по неосторожности. Такимъ образомъ, центральнымъ типомъ виновности является вина умышленная. въ ея различныхъ оттѣн-

требляется въ двоякомъ смыслѣ; ср. возраженія у Ortolan, № 380; Goudsmith, Cours des pandectes, § 75. Ср. также Finger, Lehrbuch, стр. 120. Поэтому же въ старыхъ нашихъ учебникахъ слово «culpa» переводилось словомъ «вина», а не словомъ «неосторожность». Виновные предлоги—причину показывающіе.

[1]) Граница между умысломъ и неосторожностью у криминалистовъ проводится весьма различно. Ср. обзоръ опредѣленій нѣмецкихъ криминалистовъ у Geib, II, § 93. Ср. также историческій очеркъ у Frank, стр. 171 и сл. Съ формальной стороны всѣ эти попытки можно свести къ двумъ группамъ: однѣ разсматриваютъ оба понятія, какъ коррелативныя, поэтому даютъ общее опредѣленіе вины, а затѣмъ указываютъ видовые признаки различія; другія даютъ самостоятельное опредѣленіе каждой формѣ; со стороны же матеріальной однѣ видятъ основу дѣленія въ наличности или отсутствіи сознанія; другія — въ наличности или отсутствіи хотѣнія; третьи въ комбинаціи обоихъ условій, хотя, какъ справедливо замѣчаетъ Max Mayer, стр. 144, какъ представителямъ теоріи сознанія никогда не удавалось устранять изъ понятія умысла моментъ хотѣнія, такъ и, наоборотъ, представители волевой теоріи не могли признать безразличнымъ факторомъ сознаніе виновнаго. Такъ, изъ новыхъ нѣмецкихъ криминалистовъ на первый планъ выдвигаетъ моментъ сознанія, какъ основу физіологическаго процесса дѣйствованія, Листъ, во второмъ изданіи своего руководства, § 38, говоря, что умыселъ (Vorsatz) есть сознаніе причинности извѣстнаго дѣйствія или бездѣйствія (die Vorstellung von der Kausalität des Thuns oder Unterlassung). Въ 7-мъ изданіи онъ даетъ болѣе расплывчатое опредѣленіе: Vorsatz ist die Voraussicht des durch die Willensbethätigung bewirkten oder nicht gehinderten rechtswidrigen Erfolg, а Willensbethätigung есть (по 9 изд.) jedes Verhalten des Menschen, das frei vom mechanischen oder psychophisischen Zwange durch Vorstellung bestimmt (motivirt) wird». Изъ другихъ представителей этого направленія можно указать на Лиліенталя и въ особенности Франка, в. с. Reichsgericht также высказался за эту теорію: 24 Ноября 1887 г. (16, 363), 26 Октября 1888 (18, 167) и др. Напротивъ того, другіе ставятъ волю, какъ самостоятельную причину, независимо отъ сознанія. Бернеръ, § 67, говоритъ: подъ умысломъ (Vorsatz) мы понимаемъ волю, какъ дѣйствующую причину, относя желаніе какъ къ дѣйствію, такъ и къ результату. Тоже Bunger, Ortloff. Merkel, § 29, Lucas (стр. 8), опредѣляютъ умыселъ (Vorsatz), какъ волю, направленную на учиненіе дѣянія, соединенную съ сознаніемъ о существованіи такихъ обстоятельствъ, въ силу коихъ это дѣяніе является запрещеннымъ закономъ подъ страхомъ наказанія; Биндингъ (Normen, II, стр. 403): нарушеніе нормы почитается умышленнымъ, какъ скоро дѣеспособный субъектъ представлялъ и хотѣлъ учиненное имъ, какъ противоположеніе нормѣ, подъ которую учиненное подходитъ. Умыселъ (Vorsatz) можетъ быть опредѣляемъ, какъ хотѣніе дѣянія, несмотря на сознаваемое противорѣчіе этого дѣянія съ нормою, подъ которую оно должно быть подводимо. Finger, § 36, замѣчаетъ, что умыселъ не имѣетъ мѣста не только въ томъ случаѣ, когда виновный не представляетъ причинной связи происшедшаго съ его дѣяніемъ, но и тогда, когда такое представленіе существовало, но не было воли. Ср. Bunger, въ L. Z., стр. 293.

кахъ, а неосторожная вина играетъ только роль дополнительную, второстепенную.

Это различіе двухъ основныхъ формъ виновности существуетъ, хотя и въ скрытомъ видѣ, и въ маловажныхъ посягательствахъ на правила, ограждающія общественные порядокъ, спокойствіе и безопасность или интересы казны, въ которыхъ на первый планъ выдвигается, повидимому, элементъ объективный.

Вопросъ объ условіяхъ субъективной виновности этихъ повседневныхъ нарушеній представляетъ громадный жизненный интересъ и, къ сожалѣнію, весьма мало разработанъ въ литературѣ; а въ практикѣ высшихъ судовъ, не только нашего кассаціоннаго сената, но и западныхъ кассаціонныхъ судовъ, получалъ иногда неправильную постановку, такъ какъ эта практика нерѣдко стремилась проводить воззрѣніе, что при этихъ дѣяніяхъ требуется только виновность физическая, а не психическая, т. е., что не только при этихъ дѣяніяхъ умышленность приравнивается къ неосторожности, но что виновный отвѣчаетъ и тогда, когда при учиненіи нарушенія онъ находился въ условіяхъ, устраняющихъ вмѣненіе [1]).

Такъ, практика французскаго кассаціоннаго суда [2]) выставила такое положеніе, что для наказуемости полицейскихъ нарушеній (contraventions) достаточно констатированія матеріальнаго факта, безотносительно къ намѣренію и виновности совершившаго; подобное же начало, т. е. недопущеніе ссылки на отсутствіе злонамѣренности (bonne foi), проводится и по отношенію къ нарушеніямъ спеціальныхъ уставовъ: таможеннаго, лѣснаго, устава о пошлинахъ.

Но практика французскаго кассаціоннаго суда и при этихъ, такъ сказать, объективныхъ нарушеніяхъ требуетъ, однако, наличности основныхъ условій вмѣняемости; поэтому, обвиняемый не подлежитъ наказанію, какъ скоро онъ былъ малолѣтній, умалишенный; мало того, отвѣтственность исчезаетъ, если въ моментъ совершенія дѣянія оказались условія, уничтожающія вмѣненіе даннаго событія, какъ, напр., принужденіе отъ другаго лица или отъ силъ природы; такимъ образомъ, кучеръ, не зажегшій фонаря у кареты, потому что онъ думалъ, что это не нужно при лунномъ освѣщеніи, отвѣчаетъ

---

[1]) Болѣе подробныя указанія литературы вопроса и судебной практики ср. въ моемъ курсѣ, II. № 278 и сл.; ср. Binding, Normen, II, § 75; Lucas, § 23 и сл.

[2]) См. обширную кассаціонную практику у Blanche, Etudes, II, № 218. Такъ, кассаціонный судъ призналъ, что хозяинъ лошади, пойманной разнузданною на улицѣ мѣстечка, не можетъ быть освобожденъ отъ отвѣтственности, хотя бы въ протоколѣ и не было установлено, что лошадь выбѣжала по небрежности хозяина или была бы имъ выпущена умышленно (1852, № 148, 1857 № 337); судъ не можетъ освободить отъ отвѣтственности хозяина пивной, ресторана и т. п., какъ скоро въ нихъ, по наступленіи часа закрытія, оказались постороннія лица, хотя бы и было доказано, что посѣтитель зашелъ въ заведеніе случайно, или съ цѣлью, не имѣющею никакого отношенія къ назначенію заведенія или былъ частнымъ гостемъ хозяина (1852 № 238; 1856 № 336); лицо, вылившее изъ окна воду на улицу тамъ, гдѣ это воспрещено, не можетъ оправдываться тѣмъ, что улица была глухая, а вода была выплеснута изъ нижняго этажа, съ соблюденіемъ предосторожностей (1852 № 140); лицо, проскакавшее шибко по улицѣ мѣстечка или города, если тамъ подобная быстрая ѣзда воспрещается, не можетъ извиняться тѣмъ, что на улицѣ никого не было и никому не грозила опасность (1854 № 110).

за нарушеніе; но кучеръ, у котораго фонарь погасъ отъ вѣтра или дождя, не подлежитъ наказанію. Такимъ образомъ, нельзя сказать, чтобы и при нарушеніяхъ французская практика вовсе не различала виновность и ея элементы, но она, въ сущности, признаетъ только, что законъ сравниваетъ по наказуемости умыселъ и неосторожность, и, вмѣстѣ съ тѣмъ, допускаетъ презумпцію виновности [1]).

Изъ германскихъ партикулярныхъ кодексовъ, нѣкоторые, какъ, напр., баварскій полицейскій кодексъ 1861 г., баденскій 1863 г., содержали общее постановленіе, что при нарушеніяхъ неосторожность наказывается наравнѣ съ умысломъ, если не будетъ обратнаго указанія въ законѣ; другіе, какъ прусскій 1851 г., вовсе не упоминали объ этомъ, а практика берлинскаго оберъ-трибунала стала на почву чисто объективнаго вмѣненія, не допуская, по отношенію полицейскихъ нарушеній и въ особенности фискальныхъ, даже ссылки на обстоятельства, устраняющія вмѣненіе, напр., на непреодолимую силу [2]). Впрочемъ, эта практика высшаго судилища вызвала полное порицаніе и въ прусской литературѣ, такъ какъ она, по замѣчанію Loos, нарушала и основныя начала права и народное чувство справедливости [3]).

Съ изданіемъ германскаго кодекса подобная система толкованія закона потеряла послѣднее основаніе, такъ какъ по системѣ кодекса всѣ постановленія общей части распространяются и на нарушенія; но такъ какъ законъ прямо не разрѣшалъ этого вопроса, то между комментаторами, а затѣмъ и въ практикѣ высшихъ судовъ, до введенія Reichsgericht'а, оказалось разнорѣчіе, причемъ сѣверо-германская практика пыталась примѣнять и къ новому кодексу систему толкованія, принятую берлинскимъ оберъ-трибуналомъ [4]). Reichsgericht [5]) усвоилъ иной взглядъ и призналъ, что основныя начала виновности примѣняются и къ нарушеніямъ.

Наше уложеніе 1845 г. не знало особой группы полицейскихъ нарушеній; если же приравнивать къ нимъ тѣ дѣянія, которыя по уложенію 1845 г. именовались проступками, то нельзя не сказать, что всѣ общія правила о вмѣняемости и вмѣненіи одинаково должны были быть относимы какъ къ преступленіямъ, такъ и къ проступкамъ; при изданіи устава о наказаніяхъ, всѣ относящіяся сюда постановленія уложенія были повторены; поэтому по нашему праву отрицаніе необходимости для примѣненія наказанія къ какому либо

---

1) Ortolan, I, №№ 643 и 644, полагаетъ даже, что наличность или отсутствіе намѣренности можетъ служить основаніемъ для выбора мѣры наказанія.

2) Ср. примѣры въ моемъ курсѣ № 278.

3) H. Hälschner, Die allgemeinen strafrechtlichen Bestimmungen in ihrer Anwendung auf die Uebertretungen, въ G. 1870 г., стр. 320—350; а въ особенности, Loos, Ueber den Dolus bei Uebertretungen und die Zuwiderhandlungen gegen die bezüglich der Sicherung der Erhebung öffentlicher Abgaben erlassenen Gesetze und Verordnungen, въ allgem. deut. Strafr. Zeitung за 1870 г., стр. 323—349; Binding, Normen, II, въ § 75; Lucas, § 24, приводитъ прусское законодательство и практику, а въ § 25 разсматриваетъ практику Reichsgericht'а.

4) Ср. Pezold, Die deutsche Strafrechtspraxis, стр. 484 и сл.; изъ комментаторовъ—Oppenhoff, Hahn.

5) Рѣшенія 12 Окт. и 22 Ноябр. 1880 г. (Entsch. II, № 136 и III, № 20); хотя въ дальнѣйшей его практикѣ встрѣчаются и отступленія отъ этого начала.

поступку виновности и ея элементовъ могло быть допущено только въ случаяхъ, особо указанныхъ закономъ.

Но практика уголовнаго кассаціоннаго департамента Правительствующаго Сената, и притомъ безъ всякой надлежащей мотивировки[1]), вначалѣ пошла по иному пути и по отношенію къ группѣ нарушеній акцизныхъ уставовъ, а въ частности устава питейнаго, признала, что для отвѣтственности за эти дѣянія не требуется наличности вины, такъ что, напр., случайность нарушенія не устраняетъ отвѣтственности, или, какъ указалъ даже Правительствующій Сенатъ, въ рѣшеніи по дѣлу Нечаева, что общія начала уголовнаго права, изложенныя въ статьяхъ 3 и 5, не имѣютъ примѣненія къ дѣламъ о нарушеніяхъ правилъ питейнаго устава, а для отвѣтственности за такія нарушенія судъ долженъ установить только голый фактъ нарушенія, не задаваясь вопросами о виновности[2]), хотя нельзя не прибавить, что Сенатъ и прежде не былъ устойчивъ въ своей практикѣ, и между его рѣшеніями встрѣчались и такія, въ коихъ онъ вполнѣ признавалъ необходимость субъективной виновности и при нарушеніяхъ акцизныхъ уставовъ[3]).

Но за послѣднее время это воззрѣніе существенно измѣнилось. Такъ, по дѣлу Шелашова 1880 № 43, Сенатъ высказалъ, что невмѣненіе неумышленныхъ нарушеній, учиненныхъ случайно, возможно и по нарушеніямъ акцизныхъ правилъ, напр., при храненіи низкопробнаго вина. Еще тверже установлено это начало въ рѣшеніи 1896 № 8 по дѣлу Сяреля, въ которомъ указано, что признанная судомъ случайность нарушенія акцизныхъ правилъ уничтожаетъ отвѣтственность, а для таковой необходимо установить по крайней мѣрѣ неосторожность или небрежность со стороны обвиняемаго, напр., при обвиненіи въ храненіи въ трактирѣ низкопробнаго вина въ запечатанной посудѣ, установленіе того, что виновный умышленно хранилъ низкопробное вино, или же, что, имѣя возможность испытать крѣпость вина, упустилъ это сдѣлать по неосторожности или небрежности.

Такимъ образомъ, и для полицейскихъ или фискальныхъ нарушеній необходимымъ условіемъ отвѣтственности является наличность вины съ ея двумя основными типами; все отличіе большинства изъ нихъ отъ тяжкихъ преступныхъ дѣяній состоитъ въ томъ, что при нарушеніяхъ оба оттѣнка виновности сравниваются по наказуемости, какъ это и выражено въ дѣйствующемъ уголовномъ уложеніи.

---

1) Сенатъ мотивировалъ принятое имъ толкованіе: во-1-хъ, тѣмъ, что всякій торговецъ и предприниматель обязанъ знать и исполнять всѣ постановленія о торговлѣ, имъ предпринимаемой, не замѣчая, что на основаніи этого аргумента можно только не придавать значенія ссылкѣ виновнаго на невѣдѣніе закона, и, во-2-хъ, казенными интересами, хотя, конечно, фискальное значеніе пострадавшаго интереса ни въ чемъ не можетъ измѣнить одного изъ основныхъ принциповъ уголовной отвѣтственности, признаннаго и нашимъ уголовнымъ закономъ.

2) Таковы рѣшенія Сената: 71/1219, Познякова; 72/486, Нечаева; 72/635, Никитина; 72/719, Бера и многія другія. Ср. разборъ этой практики въ моемъ курсѣ, II, № 279.

3) Ср., напр., рѣшенія по дѣлу Крамгольцева 72/102; по дѣлу Рубановича 73/139; по дѣлу Шахова 73/1081. Вообще въ самомъ существѣ усвоенной Сенатомъ системы заключались уже основанія шаткости его практики, такъ какъ онъ никогда не могъ установить предѣла изъятія. Онъ упоминалъ только о непримѣнимости къ этимъ дѣяніямъ статей 3 и 5 уложенія, но почему же тогда нужно было примѣнять къ нимъ ст. 92—103?

Указанное дѣленіе типовъ виновности усвоено всѣми новыми уголовными кодексами. При этомъ одни изъ нихъ, напр., партикулярные нѣмецкіе кодексы (баварскій 1813 г., ганноверскій, баденскій, а равно австрійскій), даютъ въ общей части особое, болѣе или менѣе, подробное опредѣленіе каждаго типа виновности; другіе (вюртембергскій, саксонскій) хотя и указываютъ въ общей части на отдѣльныя формы виновности, но отказываются отъ ихъ опредѣленія; третьи, по примѣру французскаго уложенія, говорятъ объ умыслѣ и неосторожности въ особенной части, при отдѣльныхъ преступныхъ дѣяніяхъ, предоставляя выводъ общихъ понятій доктринѣ; къ этой системѣ примкнули всѣ новѣйшія законодательства—бельгійское, германское, венгерское и голландское [1]).

Нашъ сводъ законовъ хотя и содержалъ въ общей части цѣлый рядъ статей объ умыслѣ и неосторожности (ст. 3—6 изд. 1842 г.), но нигдѣ не опредѣлялъ этихъ понятій; къ этой же системѣ примкнуло и уложеніе 1845 г., такъ что только изъ разбора отдѣльныхъ его постановленій можно было вывести опредѣленіе умысла и неосторожности; причемъ нельзя не прибавить, что самая его терминологія страдала крайнею сбивчивостью: законъ безразлично употреблялъ, напр., выраженія «умышленно», «съ знаніемъ послѣдствій», «съ цѣлью», «съ намѣреніемъ», «злоумышленно» и т. д.

Уголовное уложеніе внесло въ самый законъ опредѣленіе обоихъ видовъ виновности, въ виду того значенія, которое имѣютъ эти различія для опредѣленія и мѣры отвѣтственности, и въ виду тѣхъ недоразумѣній, которыя вызывало это различіе на практикѣ; при этомъ, какъ замѣчаетъ объяснительная записка, законъ довольствовался только установленіемъ существенныхъ признаковъ, предоставляя подробное развитіе этихъ понятій литературѣ и практикѣ.

Это законодательное нововведеніе было встрѣчено весьма сочувственно многими нѣмецкими криминалистами [2]).

---

1) Самый вопросъ о необходимости вносить въ кодексъ опредѣленіе видовъ виновности вызвалъ споръ въ нѣмецкой литературѣ; утвердительно его рѣшаютъ: Bauer, Gessler, въ особенности Binding, Normen, II, § 60; Bruck, Fahrlässigkeit, стр. 101; отрицательно—Kitka, въ статьѣ: ob es Zweckmässig sei, den Begriff des bösen Vorsatzes in den Strafgesetzbüchern festzustellen, въ Archiv 1835 г., стр. 218—247; Birnbaum, въ статьѣ: ob Strafgesetzbücher keine allgemeinen Bestimmungen in Hinsicht auf bösen Vorsatz enthalten sollen? въ Archiv, 1837 г., стр. 276—305, 473—519; Schwarze, Ortloff, John и др.

2) Такъ, проф. Листъ говоритъ (сводъ замѣчаній, III, стр. 265): «Ст. 40 проекта представляетъ собою смѣлое, въ высшей степени интересное и, въ существенныхъ пунктахъ, вполнѣ удавшееся нововведеніе, сравнительно съ большинствомъ современныхъ уголовныхъ кодексовъ, пытающееся установить въ самомъ законѣ понятіе умысла и неосторожности. Опытъ показалъ, что установленіе этихъ понятій въ законѣ не только цѣлесообразно, но и необходимо. Наука и судебная практика могутъ и даже должны изъ закона развивать содержащіяся въ немъ, хотя и невыраженныя прямо юридическія понятія; но онѣ не могутъ и не должны самостоятельно изобрѣтать эти понятія если имъ не даны въ законѣ тѣ элементы, изъ коихъ онѣ должны сдѣлать отвлеченіе. Всюду, гдѣ законодательство предоставило литературѣ и практикѣ опредѣлить оба вида виновности, опредѣленіе этихъ понятій является обширнымъ полемъ для юридическихъ споровъ». Также одобряютъ внесеніе этихъ постановленій въ проектъ профессора: Гейеръ, Г. Мейеръ, Шютце и Вальбергъ. Наше опре-

142. *Умыселъ.* Уголовное уложеніе (ст. 48) опредѣляетъ такимъ образомъ понятіе умышленной виновности: преступное дѣяніе почитается умышленнымъ, не только когда виновный желалъ его учиненія, но также когда онъ сознательно допускалъ наступленіе обусловливающаго преступность сего дѣянія послѣдствія.

По поводу этого опредѣленія въ объяснительной запискѣ указано: понятіе умысла или вины умышленной опредѣляется двумя признаками—сознаніемъ совершаемаго и направленіемъ воли, хотѣніемъ.... Хотѣніе составляетъ главный моментъ этого вида виновности, такъ какъ желать или даже и допускать что либо возможно только при сознаніи желаемаго. Поэтому комиссія въ свое опредѣленіе перваго вида умысла и внесла только моментъ хотѣнія, не упоминая о сознаніи дѣйствующаго, хотя само собою разумѣется, что, при разрѣшеніи въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ вопроса объ умышленности этого рода, судъ долженъ прежде всего установить наличность сознанія, а потомъ уже опредѣлить направленіе воли дѣйствовавшаго. Подобнаго же воззрѣнія на существо умышленной вины держалось и уложеніе 1845 г.

Поэтому умыселъ, оставляя пока въ сторонѣ его подраздѣленія, можетъ быть опредѣленъ, какъ сознательное и волимое направленіе дѣятельности, а умышленнымъ преступнымъ дѣяніемъ можетъ быть называемо дѣяніе, сознаваемое и волимое дѣятелемъ въ моментъ его учиненія. Такимъ образомъ, первымъ элементомъ умысла является сознательная дѣятельность, т. е. наличность соотношенія между событіемъ, вызваннымъ во внѣшнемъ мірѣ дѣятельностью лица, и представленіемъ, которое существуетъ о совершившемся у дѣятеля.

Простѣйшею формою такой сознательной дѣятельности было бы полное тождество представленія и дѣйствительности, когда происшедшее является простымъ снимкомъ, копіею образовъ, созданныхъ творческою работою мышленія.

Но такого тождества между предполагаемымъ и выполненнымъ мы почти не встрѣчаемъ въ дѣйствительности и въ особенности въ области права уголовнаго, благодаря ограниченности нашей психической дѣятельности, благодаря сложности тѣхъ событій, которыя соотвѣтствуютъ понятію преступнаго дѣянія. Да такого тождества и не требуетъ вмѣненіе въ вину, ставящее условіемъ умышленности наличность сознанія [1]). Умыселъ предполагаетъ, напр., представленіе о конкретномъ благѣ, на которое направляется посягательство, такъ что юридически нельзя говорить объ умыслѣ вообще на убійство, на кражу, на ниспроверженіе правительства, а необходимо, чтобы умыселъ былъ направленъ на жизнь какого либо лица, на взятіе какого либо предмета; но, съ другой стороны, эта опредѣленность объекта не означаетъ

дѣленіе умысла и неосторожности буквально воспроизведено въ болгарскомъ уложеніи 1896 г. § 40. Опредѣленіе умысла и неосторожности содержитъ также проектъ швейцарскаго уложенія; норвежскій довольствуется только опредѣленіемъ неосторожности.

1) Весьма обстоятельный анализъ этого вопроса даетъ Binding, Normen, II, § 58,—Vorstellung und Wille in ihrem Verhältniss bei den vorsätzlichen Delikt; Bar, Kausalzusammenhang, § 5, замѣчаетъ, что для понятія умысла вовсе не требуется, чтобы выполненное было фотографіею задуманнаго.

сознанія всей совокупности его индивидуальныхъ чертъ, а иногда ограничивается только опредѣленіемъ общихъ условій мѣста и времени посягательства. Такимъ образомъ, умышленнымъ убійцею будетъ тотъ, кто рѣшился убить всякаго, кого онъ встрѣтитъ въ данномъ мѣстѣ, а равно и тотъ, кто изъ мести къ жителямъ данной деревни отравилъ колодецъ, изъ котораго они берутъ для питья воду, хотя бы послѣдствіемъ этого и было отравленіе кого-либо, случайно проходившаго черезъ деревню.

Мы называемъ убійство умышленнымъ, какъ скоро дѣйствовавшій сознавалъ, что онъ направляетъ свой выстрѣлъ въ человѣка, что послѣдствіемъ выстрѣла будетъ смерть лица; умышленность убійства не зависитъ отъ того, зналъ ли стрѣлявшій сколько лѣтъ жертвѣ, красива она или дурна, больна или здорова и т. д.: если виновный предполагалъ ошибочно, что онъ стрѣляетъ въ брюнета, а не въ блондина и т. п., онъ тѣмъ не менѣе остается убійцею.

Далѣе, кромѣ объекта, реальный характеръ умышленнаго преступнаго дѣянія предполагаетъ извѣстную спеціализацію способа и средствъ дѣйствія, если мы только говоримъ о преступной волѣ, какъ о причинѣ преступнаго дѣйствія; такимъ образомъ, мы говоримъ не объ умыслѣ убить вообще, а объ умыслѣ отравить, убить изъ пистолета, похитить тайно, посредствомъ обмана. Но и въ этомъ отношеніи не требуется полной спеціализаціи; опредѣленіе порядка дѣйствія и средствъ выполненія можетъ быть сдѣлано только въ общихъ чертахъ, такъ какъ виновный могъ и не знать тѣхъ химическихъ или механическихъ процессовъ, путемъ которыхъ задуманное должно было осуществляться. Мало того, даже иногда болѣе или менѣе существенное отклоненіе отъ предположеннаго порядка дѣятельности и, въ особенности, хода вызванныхъ ею результатовъ не устраняетъ умышленности; на этомъ основаніи долженъ быть признанъ умышленнымъ убійцею тотъ, кто, желая утопить другаго, сбросилъ его въ рѣку, а оказалось, что сброшенный умеръ не отъ утопленія, а отъ того, что, падая, ударился о камень и пробилъ себѣ черепъ.

Однимъ словомъ, требованіе наличности сознанія учиненнаго, какъ элемента умысла, не подразумѣваетъ тождества предполагаемаго съ выполненнымъ, а довольствуется сходствомъ, такъ что отсутствіе представленія о нѣкоторыхъ обстоятельствахъ учиненнаго преступнаго дѣянія или ошибочное о нихъ представленіе не всегда устраняетъ умышленность.

Съ другой стороны, также несомнѣнно, что несходство предполагаемаго и выполненнаго можетъ близко граничить съ полнымъ ихъ различіемъ и даже противоположеніемъ. Поэтому долженъ существовать извѣстный предѣлъ, за которымъ уже невѣрность представленій о происшедшемъ является настолько значительною, что устраняетъ сознаніе учиненнаго, а вмѣстѣ съ тѣмъ и умышленность дѣйствія.

Изученіе этого предѣла приводитъ къ разсмотрѣнію чрезвычайно важнаго и теоретически и практически ученія о вліяніи невѣдѣнія и заблужденія на уголовную виновность и отвѣтственность [1]).

---

1) Литературныя указанія въ моемъ курсѣ, II, № 195, примѣч. 40, а также Binding, Grundriss, § 40; изъ монографій особенно можно указать на Häberlin, Ueber den Irrthum im Strafrechte, G.,

143. Римское право [1]), котораго постановленія до послѣдняго времени служили главнымъ основаніемъ для рѣшенія даннаго вопроса, признавало безнаказанность не только въ случаяхъ невѣдѣнія и заблужденія относительно фактическихъ обстоятельствъ, но и при заблужденіи касательно конкретныхъ юридическихъ отношеній и даже и правовыхъ нормъ; но отъ этого невѣдѣнія оно рѣзко отдѣляло ссылку на невѣдѣніе запрещенности совершеннаго, постоянно проводя то начало, что незнаніе закона всегда вредитъ и не можетъ служить для оправданія не только при нарушеніяхъ общественныхъ, коихъ преступность ex animo, non extra venit, но и при delicta juris civilis [2]).

Однако, изъ этого суроваго принципа римское право, съ свойственнымъ ему юридическимъ тактомъ, допускало изъятія для такихъ лицъ, которыя не имѣли возможности ознакомленія съ закономъ—quibus jus ignorare permissum est.

Эта система, съ небольшими редакціонными измѣненіями, была принята и въ кодексахъ начала нынѣшняго столѣтія, также строго отдѣлявшихъ фактическое и юридическое заблужденіе [3]). Что касается нынѣ дѣйствующихъ законодательствъ, то германскій кодексъ содержитъ спеціальное постановленіе (§ 59) о вліяніи на отвѣтственность невѣдѣнія и заблужденія относительно фактической обстановки учиненнаго, причемъ комментаторы и практика Reichsgericht'a [4]) распространяютъ дѣйствіе этой статьи и на невѣдѣніе юридиче-

---

1865 г.; содержаніе этого изслѣдованія изложено въ статьѣ А. Кони, Объ ошибкѣ въ области уголовнаго права, въ ж. м. ю. за 1865 г. стр. 419—444; Geyer, Erörterungen aus dem Strafrechte, глава 2-я, Irrthum im Strafsachen. Въ особенности же обширное изслѣдованіе E. Zittelmann, Irrthum und Rechtsgeschäft, 1879 г., охватывающее этотъ вопросъ по отношенію къ гражданскому и уголовному праву, но останавливающееся главнымъ образомъ на первомъ. Спеціальная литература по вопросу о невѣдѣніи юридическомъ будетъ указана далѣе.

1) Ср. Savigny, System des heutigen römischen Rechts, III, стр. 390; Gessler въ G., 1859 г. стр. 228 и сл.; Köstlin, § 113, пр. 6 и 7. Примѣры изъ исторіи права у евреевъ, грековъ и римлянъ—см. у Mayer, Geschichte des Strafrechtes, 1876 г., § 32. Болѣе подробныя историческія указанія приведены въ моемъ курсѣ, II, № 206 и сл.

2) Таково въ особенности постановленіе Валентиніана и др.: constitutiones principum nec ignorare quemquam, nec dissimulare permittimus (l. 12 Cod de jur. et facti ignor. I, 18), или еще болѣе извѣстное положеніе Павла: regula est, juris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere. Binding, Normen, II, § 53, защищаетъ, впрочемъ, ту мысль, что въ позднѣйшемъ римскомъ правѣ требовалось сознаніе противозаконности; разборъ его мнѣнія у Heinemann, die Bindingsche Schuldlehre, § 6; у Löffler, стр. 92 и сл.

3) Въ виду устраненія фиктивности положенія, что никто не можетъ отговариваться невѣдѣніемъ закона, въ концѣ прошлаго столѣтія явилось предположеніе сдѣлать обученіе уголовнымъ законамъ обязательнымъ въ школахъ. Ср. Tittman, Ueber den Unterricht des Volks in den Strafgesetzen auf Schulen, 1799 г. Таково же извѣстное положеніе наказа Екатерины II (ст. 158): «уложеніе, всѣ законы въ себѣ содержащее, должно быть книгою весьма употребительною, и которую бы за малую цѣну достать можно было, на подобіе букваря. Преступленія не столь часты будутъ, чѣмъ большее число людей уложеніе читати и разумѣти станутъ. И для того предписать надлежитъ, чтобы во всѣхъ школахъ учили дѣтей грамотѣ попеременно изъ церковныхъ книгъ и изъ тѣхъ книгъ, кои законодательство содержатъ». То же предлагалъ и Штельцеръ для Германіи въ 1795 году.

4) Ср. Olshausen, § 59, № 14, а также рѣшеніе германскаго Reichsgericht'a отъ 16 Апрѣля 1880 г., коимъ признано, что невѣдѣніе положеній гражданскаго права, обусловливающее составъ преступнаго дѣянія, имѣетъ такое же значеніе, какъ и невѣдѣніе фактическое; особенно подробно разсмотрѣнъ этотъ вопросъ въ рѣшеніи 27 Мая 1881 г. Указанія на практику высшихъ нѣмецкихъ

ской обстановки дѣянія, исключая, однако, отсюда представленіе о запрещенности учиненнаго; вмѣстѣ съ тѣмъ практика не примѣняетъ правила, выраженнаго въ § 59, къ тѣмъ дѣяніямъ, при которыхъ преступность и наказуемость зависятъ исключительно отъ объективныхъ условій. Совершенно сходно съ постановленіями германскаго кодекса и правило, принятое въ кодексѣ венгерскомъ (§ 82). Такое же особое постановленіе, сходное съ нашимъ уложеніемъ, принимаетъ норвежскій проектъ (§ 42), допуская, что и заблужденіе относительно обстоятельствъ, обусловливающихъ преступность или вліяющихъ на мѣру наказанія, не имѣетъ значенія для неосторожной вины и для опредѣленія размѣровъ ущерба, кромѣ тѣхъ случаевъ, когда такой размѣръ опредѣляетъ мѣру отвѣтственности. Проектъ швейцарскаго уложенія (§ 15) говоритъ только о фактическомъ невѣдѣніи.

Кодексы французскій, бельгійскій, голландскій и итальянскій [1]) вовсе не упоминаютъ о вліяніи ошибки и заблужденія на отвѣтственность; французскіе комментаторы и кассаціонная практика пополняютъ въ этомъ отношеніи пробѣлъ закона и признаютъ, что невѣдѣніе и заблужденіе фактическое разрушаетъ умышленность, а вмѣстѣ съ тѣмъ и преступность; но ссылка на невѣдѣніе запрещенности дѣянія ни въ какомъ случаѣ не можетъ служить оправданіемъ [2]).

Въ нашемъ правѣ особыя постановленія по этому вопросу появились только въ уложеніи 1845 г. Статья 99 говорила: кто учинитъ что-либо, противное закону, единственно по совершенному, отъ случайной ошибки или вслѣдствіе обмана происшедшему, невѣдѣнію тѣхъ обстоятельствъ, отъ коихъ именно дѣяніе его обратилось въ противозаконное, тому содѣянное имъ не вмѣняется въ вину. Онъ можетъ, однакоже, въ нѣкоторыхъ случаяхъ, закономъ опредѣляемыхъ, быть присуждаемъ къ церковному покаянію.

Это положеніе относится ко всѣмъ преступнымъ дѣяніямъ, за исключеніемъ только тѣхъ, гдѣ, по особому постановленію закона, достаточна объективная наличность какого либо условія.

Относительно невѣдѣнія запрещенности наше уложеніе никакихъ постановленій не содержало; но статья 62 законовъ основныхъ говоритъ общимъ образомъ, что никто не можетъ отговариваться невѣдѣніемъ закона, если только законъ былъ обнародованъ установленнымъ порядкомъ [3]).

судовъ по примѣненію § 59, до введенія новаго германскаго судоустройства, сдѣланы въ моемъ курсѣ, № 207, прим. 97.

1) Послѣдній говоритъ только (§ 44), что никто не можетъ сослаться въ свое оправданіе на невѣдѣніе закона уголовнаго.

2) Ср. Ortolan, № 407; Blanche, II, № 268; E. Pochonnet, De l'erreur de droit, 1858 г. стр. 16, замѣчаетъ, что французскій судья, освободившій обвиняемаго отъ отвѣтственности на основаніи невѣдѣнія закона, былъ бы виновенъ въ превышеніи власти. Нельзя не указать, что декретъ 5 Ноября 1870 г. допустилъ возможность оправдательной ссылки на невѣдѣніе закона, если нарушеніе закона учинено не позже трехъ дней послѣ его обнародованія. Ср. въ особенности рѣш. уг. кассац. суда 1862 г. по дѣлу Миреса, по которому докладчикомъ былъ F. Hélie. Впрочемъ, нѣкоторые французскіе писатели, какъ Garraud № 236, Lainé, № 205, вообще допускаютъ ссылку на невозможность узнать постановленія закона.

3) Правило это взято изъ указа Петра I-го 10 Апрѣля 1716 г. (п. с. з., № 3010), гдѣ было сказано, чтобы напечатать воинскій уставъ въ большомъ числѣ экземпляровъ и разослать по губер-

Дѣйствующее уложеніе сохранило спеціальное правило, что невѣдѣніе обстоятельства, коимъ обусловливается преступность дѣянія или которое усиливаетъ отвѣтственность, устраняетъ вмѣненіе онаго въ вину; при неосторожныхъ дѣяніяхъ правило сіе не примѣняется, коль скоро самое невѣдѣніе произошло отъ небрежности виновнаго.

Обращаясь къ болѣе подробному разсмотрѣнію этихъ положеній, я, прежде всего, считаю необходимымъ изслѣдовать отдѣльно, какъ дѣлаетъ это дѣйствующее право, ошибку фактическую и ошибку юридическую. Въ обоихъ случаяхъ дѣйствующій ошибочно предполагаетъ, что учиненное имъ не составляетъ преступнаго дѣянія, но ошибка его различна: или онъ ошибочно предполагаетъ, что учиненное не содержитъ въ себѣ тѣхъ условій, которыя требуются для бытія преступнаго дѣянія—ошибка относительно наличности условій преступнаго дѣянія или ошибка фактическая; или же онъ ошибочно предполагаетъ, что учиненное не относится къ категоріи преступныхъ дѣяній, ошибается относительно его запрещенности—ошибка юридическая [1]).

Я начну съ разсмотрѣнія ошибки перваго рода.

Несоотвѣтствіе предположенія и дѣйствительности можетъ проистекать или отъ незнанія даннымъ лицомъ фактическихъ условій дѣятельности, отъ недостатка представленій, соотвѣтствующихъ дѣйствительности—невѣдѣніе въ тѣсномъ смыслѣ, или отъ неправильнаго представленія этой обстановки—заблужденіе; но какъ невѣдѣніе, такъ и заблужденіе, подходятъ подъ одно родовое понятіе—ошибки (error, Irrthum), такъ какъ ихъ общій результатъ—отсутствіе сознанія дѣйствительности.

Причина невѣдѣнія или заблужденія можетъ лежать исключительно въ самомъ дѣйствующемъ, въ условіяхъ его психической дѣятельности, можетъ быть послѣдствіемъ его темперамента, степени развитія, состоянія возбужденности и т. п., или же этою причиною могутъ быть другія лица, дѣйствовавшія, въ свою очередь, или безсознательно или же сознательно и даже намѣренно; такъ что заблужденіе можетъ происходить или отъ случайной ошибки или отъ обмана; но и это различіе не имѣетъ практической важности: тотъ, кто даетъ другому мышьякъ, предполагая, что въ банкѣ, изъ которой онъ беретъ, насыпана магнезія, находится въ такомъ же фактическомъ заблужденіи, какъ и тотъ, кто далъ больному, подъ видомъ лѣкарства, ядъ, присланный по ошибкѣ изъ аптеки.

ніямъ и канцеляріямъ, дабы невѣдѣніемъ никто не отговаривался. Потомъ это правило было точно формулировано въ уставѣ таможенномъ 1819 г., § 446 (п. с. з., № 28030). О взглядѣ на ст. 62 нашей литературы ср. мой курсъ № 208 примѣч. 104. Практика наша не останавливалась на опредѣленіи объема и условій примѣненія статьи 62, а довольствуется только категорическою ссылкою на нее: 67/421, Ильина; 69/153, Простакова и др.

1) Ср. въ особенности Zittelmann, стр. 319. Въ доктринѣ различаютъ еще третій случай ошибки относительно соотношенія между учиняемымъ дѣяніемъ и запретомъ закона, когда дѣйствующій знаетъ то, что онъ дѣлаетъ, сознаетъ то, что запрещено закономъ, но ошибается относительно того, что совершаемое имъ соотвѣтствуетъ условіямъ преступнаго дѣянія, такъ называемая Subsumtionsirrthum; но по справедливому замѣчанію Бара (стр. 264), признаніе этого особаго вида ошибки основывается на недоразумѣніи; если дѣеспособный субъектъ не сознаетъ тождества между двумя тождественными предметами, то это значитъ, что онъ ошибочно смотритъ на одинъ изъ нихъ.

Во всякомъ случаѣ, и невѣдѣніе, и заблужденіе предполагаютъ отсутствіе сознанія дѣйствительности; поэтому къ нимъ не могутъ быть приравниваемы случаи сомнѣнія въ свойствахъ совершаемаго, когда предполагаемое и выполненное оказались сходными другъ съ другомъ, но дѣйствовавшій въ моментъ дѣйствія только не былъ увѣренъ, сомнѣвался въ достовѣрности своихъ предположеній.

По своему содержанію, такая ошибка можетъ относиться или: 1) къ дѣянію и его послѣдствіямъ, и притомъ или къ отдѣльнымъ фактическимъ условіямъ совершеннаго, или къ установленію взаимнаго отношенія этихъ условій, къ выводамъ изъ фактовъ; или же 2) къ предположеніямъ объ основаніяхъ дѣятельности, къ ея мотивамъ.

Такимъ образомъ, ошибка перваго рода возможна:

Во-1-хъ, относительно объекта посягательства, его физическихъ свойствъ, его общественнаго и государственнаго положенія и т. д.; таковъ, напр., ссылка обвиняемаго въ убійствѣ на то, что онъ предполагалъ, что предметъ, лежавшій подъ кустомъ, въ который онъ стрѣлялъ, былъ заяцъ, а не человѣкъ; ссылка обвиняемаго въ растлѣніи малолѣтней съ ея согласія на то, что онъ полагалъ, что дѣвушкѣ, вступившей съ нимъ въ связь, давно уже исполнилось 14 лѣтъ и т. д.

Во-2-хъ, ошибка можетъ относиться къ обстановкѣ преступнаго дѣянія, какъ, напр.: а) къ мѣсту дѣйствія, когда обвиняемый въ святотатствѣ ссылается на то, что онъ не зналъ, что мѣсто, изъ коего онъ совершилъ кражу, есть часовня или временное церковное хранилище; б) ко времени совершенія, когда обвиняемый въ несвоевременномъ освѣщеніи улицы оправдывается тѣмъ, что онъ не зналъ, что наступилъ требуемый часъ; в) къ средствамъ и способамъ дѣйствія, когда обвиняемый въ отравленіи оправдывается тѣмъ, что онъ не зналъ, что употребляемое имъ вещество было ядовито и т. д.

Въ-3-хъ, ошибка можетъ относиться къ причинной связи явленій, къ тѣмъ измѣненіямъ, которыя учиненный поступокъ можетъ вызвать въ окружающемъ мірѣ, когда, напр., лицо, обвиняемое въ поджогѣ, ссылается въ свое оправданіе на то, что оно не знало, что отъ тренія даннаго предмета произойдетъ воспламененіе или что отъ прибавки даннаго вещества къ извѣстному составу произойдетъ взрывъ.

Но къ какимъ бы элементамъ состава ни относилось невѣдѣніе и заблужденіе, значеніе этихъ ошибочно представляемыхъ обстоятельствъ по отношенію къ существу вмѣняемаго въ вину преступнаго дѣянія можетъ быть троякое:

1) ошибка можетъ относиться къ обстоятельствамъ, обусловливающимъ преступность дѣянія и входящимъ въ число его законныхъ признаковъ;

2) ошибка можетъ относиться къ обстоятельствамъ, выдѣляющимъ данное дѣяніе изъ родоваго понятія преступленія въ особый видъ, подлежащій усиленной или уменьшенной отвѣтственности;

3) ошибка можетъ относиться къ такимъ фактическимъ обстоятель-

ствамъ, которыя, хотя и встрѣчаются въ данномъ случаѣ, но не имѣютъ значенія ни для состава преступнаго дѣянія, ни для его наказуемости.

Какое же вліяніе имѣетъ эта ошибка дѣйствующаго относительно фактической обстановки дѣянія на вмѣненіе учиненнаго въ вину и на наказуемость?

Отвѣтъ на это зависитъ отъ значенія этихъ обстоятельствъ для состава преступныхъ дѣяній, какъ это и выражено въ уложеніи.

Такъ, если ошибка относится къ обстоятельствамъ, обусловливающимъ преступность, отъ коихъ именно дѣяніе обратилось въ противозаконное, то учиненное утрачиваетъ характеръ умышленнаго посягательства, такъ какъ нельзя желать или даже допускать наступленія такихъ фактовъ, которыхъ не предвидѣлъ дѣйствующій; нельзя считать причиненіе кому либо вреда или смерти умышленнымъ разстройствомъ здоровья или убійствомъ, если виновный предполагалъ, что его ударъ или выстрѣлъ направлены на неодушевленный предметъ или на животное; нельзя считать тайное взятіе вещи кражею, если взявшій добросовѣстно предполагалъ, что вещь, которую онъ беретъ, составляетъ его собственность.

Но, устраняя умышленность, подобная ошибка не устраняетъ еще возможной отвѣтственности за легкомысліе и небрежность, если дѣйствующій могъ, при надлежащей съ его стороны внимательности, предвидѣть и узнать то, что въ дѣйствительности произошло, и если, конечно, неосторожность, по отношенію къ данному роду посягательствъ, признается наказуемою. Полное устраненіе всякой отвѣтственности наступаетъ только тогда, когда предвидѣніе или узнаніе даннаго обстоятельства представлялось невозможнымъ.

Если, далѣе, ошибка относится къ обстоятельствамъ, выдѣляющимъ данный случай изъ родоваго понятія, то такая ошибка не устраняетъ умышленности дѣйствія, но устраняетъ возможность усиленія отвѣтственности по поводу обстоятельства, оставшагося учинившему неизвѣстнымъ: если виновный зналъ, что онъ посягаетъ на жизнь человѣка, но не зналъ, что убитый— его отецъ, то онъ можетъ быть признанъ виновнымъ въ умышленномъ убійствѣ, но не въ отцеубійствѣ.

Наконецъ, если ошибка относится къ обстоятельствамъ, не имѣющимъ никакого значенія для состава или квалификаціи преступнаго дѣянія, то она остается безъ всякаго вліянія на виновность и отвѣтственность: ошибочное предположеніе вора о томъ, что украденныя вещи принадлежатъ его сосѣду, когда онѣ въ дѣйствительности принадлежатъ другому лицу, ошибочное предположеніе отравителя, что онъ даетъ дигиталинъ, когда онъ на самомъ дѣлѣ отравилъ морфіемъ, или невѣрное предположеніе его о томъ, что данный имъ ядъ произведетъ прекращеніе дѣйствія сердца, между тѣмъ какъ смерть произошла отъ зараженія крови и т. д., не могутъ имѣть никакого значенія для вмѣненія въ вину и отвѣтственности.

При этомъ, конечно, всѣ эти соображенія не относятся къ тѣмъ условіямъ преступности или условіямъ, квалифицирующимъ отвѣтственность, для вліянія коихъ законъ требуетъ только констатированія объективнаго ихъ существованія, какъ бы предполагая знаніе ихъ виновнымъ, а въ особенности,

если такая презумпція является съ характеромъ praesumptio juris et de jure, т. е. не допускаетъ опроверженія.

Всѣ предшествующія указанія имѣютъ въ виду чисто фактическія условія преступнаго дѣянія; но составъ многихъ преступныхъ дѣяній обставляется еще извѣстными юридическими фактами, предположеніями, вытекающими изъ положеній права гражданскаго, государственнаго, финансоваго и т. д.; поэтому мы можемъ себѣ представить и такіе случаи, когда невѣдѣніе и заблужденіе о наличности условій преступнаго дѣянія будетъ относиться къ этой юридической его обстановкѣ [1]): обвиняемый въ кровосмѣшеніи съ двоюродною сестрою ссылается въ оправданіе свое на то, что онъ не зналъ, что онъ состоитъ съ этою женщиною въ 4-й степени родства, обусловливающей бытіе кровосмѣшенія; обвиняемый въ двоебрачіи оправдывается тѣмъ, что онъ не зналъ, что рѣшеніе духовнаго суда, которымъ былъ расторгнутъ его первый бракъ, оказалось недѣйствительнымъ; обвиняемый въ похищеніи или присвоеніи вещи ссылается на то, что онъ думалъ, что вещь законно была ему уступлена и т. д. [2]).

Такое невѣдѣніе и заблужденіе можетъ относиться или къ конкретно существующимъ юридическимъ отношеніямъ, обусловливающимъ данное преступное дѣяніе, или къ самимъ нормамъ и законоположеніямъ, на которыхъ покоятся эти отношенія.

Эти юридическія отношенія и предположенія, по той роли, которую они играютъ въ составѣ преступнаго дѣянія, представляютъ, какъ и фактическія обстоятельства, три оттѣнка: или они опредѣляютъ самую преступность дѣянія, или они являются условіями, выдѣляющими извѣстное дѣяніе изъ родоваго типа, или же они хотя и упоминаются въ обрисовкѣ состава дѣянія, но не имѣютъ никакого существеннаго значенія; а потому и юридическое значеніе такой ошибки опредѣляется совершенно аналогично съ ошибкою въ фактическихъ обстоятельствахъ дѣянія.

Къ числу такихъ обстоятельствъ, обусловливающихъ бытіе преступнаго дѣянія, могутъ относиться и извѣстныя предположенія и условія, устанавливаемыя закономъ уголовнымъ, а въ частности, условія, уничтожающія преступность дѣянія. Какое значеніе имѣетъ, напр., ошибочное предположеніе дѣйствующаго, что онъ находился въ условіяхъ, устраняющихъ непреступность посягательства на правоохраненный интересъ. Вопросъ этотъ считается спорнымъ и въ доктринѣ, и въ практикѣ, но я полагаю, что онъ долженъ быть разрѣшенъ по тѣмъ же основаніямъ, какъ и ошибка въ фактической обстановкѣ дѣянія, такъ какъ мы должны имѣть въ виду, что мы говоримъ не объ умышленныхъ или неосторожныхъ дѣйствіяхъ вообще, а о преступномъ умыслѣ и преступной неосторожности; что, говоря о сознаніи, какъ элементѣ умышленной вины, мы говоримъ не о сознаніи и предвидѣніи извѣстнаго

---

1) Ср. примѣры изъ колеблющейся практики Reichsgericht'a у Kohn, стр. 2 и сл.

2) Ср. примѣры въ статьѣ Gessler'a въ G. за 1859 г. стр. 218 и сл.; Schütze, Lehrbuch, § 42 пр. 6, хотя и приравниваетъ эти условія къ фактическимъ, но самую ошибку этого рода разсматриваетъ, какъ uneigentlicher Rechtsirrthum. Даже большинство тѣхъ криминалистовъ, которые не придаютъ значенія ссылкѣ на невѣдѣніе запрещенности, въ разбираемыхъ случаяхъ не допускаютъ вмѣненія учиненнаго въ умышленную вину. Contra — Bar въ G., 1886 года.

событія, дѣйствія и его результатовъ, а о сознаніи и предвидѣніи преступнаго дѣянія, т. е. дѣянія, запрещеннаго закономъ подъ страхомъ наказанія, въ составъ коего входятъ и фактическіе, и юридическіе моменты.

Кромѣ того, разстояніе, отдѣляющее чисто фактическіе моменты отъ юридическихъ, весьма невелико и заблужденіе часто незамѣтно переходитъ изъ одной группы въ другую. Ошибочная ссылка обвиняемаго на согласіе пострадавшаго есть ошибка въ фактической обстановкѣ, насколько она относится къ бытію согласія, и ошибка въ юридической обстановкѣ, насколько она относится къ дѣйствительности согласія, къ дѣеспособности согласившагося, къ объему правъ, принадлежащихъ ему относительно уступаемаго блага, и т. д.

Подобныя же соображенія примѣнимы и къ наиболѣе спорному вопросу объ ошибочной ссылкѣ на необходимость или оборону, при мнимой оборонѣ. Если кто-либо ошибочно, отъ страха, вообразилъ, что встрѣтившійся съ нимъ въ полѣ, шедшій ему навстрѣчу человѣкъ готовился нанести ему ударъ, и выстрѣлилъ въ него, между тѣмъ оказалось, что шелъ его хорошій знакомый, то мы можемъ обвинять стрѣлявшаго въ легкомысленномъ, небрежномъ отношеніи къ правоохраненному интересу, мы можемъ примѣнить къ нему постановленія о неосторожномъ лишеніи жизни, но не можемъ считать его умышленнымъ убійцею. Но положимъ, что заблужденіе такого лица, по обстоятельствамъ дѣла, представляется извинительнымъ, что его нельзя укорить даже въ легкомысліи и небрежности: тогда мы должны признать учиненное имъ невмѣняемымъ ни въ какую вину. Представимъ себѣ, что нѣсколько человѣкъ, ради шутки, чтобы попугать своего знакомаго, напали на него замаскированные, требуя отдачи часовъ и кошелька, но встрѣтили отъ него неожиданный отпоръ и одинъ изъ пошутившихъ былъ убитъ; нападеніе объективно на правоохраненный интересъ не существовало, оборона была мнимая; но не можемъ ли мы сказать, что учиненное обратилось въ противозаконное, единственно по совершенному, отъ случайной ошибки, невѣдѣнію тѣхъ обстоятельствъ, отъ коихъ зависитъ его противозаконность, а потому это убійство и не можетъ быть вмѣнено ни въ какую вину [1])?

Въ близкомъ отношеніи къ вопросу объ ошибкѣ въ обстановкѣ дѣянія стоитъ вопросъ о заблужденіи относительно основаній, побудившихъ лицо къ преступному дѣйствію, или ошибка въ мотивахъ; но такъ какъ мотивъ дѣятельности, по общему правилу, не признается существеннымъ условіемъ преступности, то и ошибочность мотива или несуществованіе предполагаемыхъ основаній дѣятельности далеко не всегда уничтожаетъ умышленность вины, если только преступный путь дѣятельности былъ выбранъ сознательно. Такъ, несомнѣнно отвѣчаетъ за убійство тотъ, кто ошибочно полагалъ, что убитый былъ любовникомъ его жены; убійство съ цѣлью ограбленія не утрачиваетъ квалифицированнаго характера, хотя бы оказалось, что у убитаго нѣтъ никакого имущества. Но изъ этого общаго правила, конечно, должно быть сдѣ-

---

1) Въ нѣмецкой литературѣ этотъ вопросъ весьма споренъ; такъ, изъ новѣйшихъ криминалистовъ, H. Meyer допускаетъ въ этомъ случаѣ наказуемость за неосторожность; Liszt,—наказуемость за умыселъ, а Hälschner, стр. 325—безнаказанность.

лано изъятіе для тѣхъ преступныхъ дѣяній, гдѣ наличность извѣстнаго мотива входитъ въ самый ихъ составъ. Сверхъ сего, ошибочный мотивъ дѣятельности можетъ быть основаніемъ смягченія отвѣтственности въ тѣхъ случаяхъ, когда предполагаемое основаніе дѣятельности, если бы предположеніе оказалось вѣрнымъ, послужило основаніемъ смягченія наказанія, или когда оно, не смотря на его ошибочность, вызвало аффектированное состояніе дѣйствующаго [1]).

Обращаясь къ другой группѣ случаевъ ошибки дѣйствующаго, а именно къ ссылкѣ на невѣдѣніе или заблужденіе относительно преступности и наказуемости учиненнаго [2]), мы встрѣчаемъ, какъ было указано выше, въ практикѣ всѣхъ западныхъ государствъ твердо установившееся положеніе, что ссылка на невѣдѣніе запрещенности дѣянія никогда не можетъ имѣть оправдательнаго значенія; точно также и нашъ уголовный кассаціонный департаментъ, въ цѣломъ рядѣ рѣшеній [3]), опираясь на ст. 62 законовъ основныхъ, установилъ то положеніе, что никто не можетъ отговариваться незнаніемъ закона уголовнаго.

Уложеніе не касается этого вопроса, а объяснительная записка замѣчаетъ: въ виду прямаго постановленія по сему предмету ст. 62 законовъ основныхъ, ссылка подсудимаго на то, что онъ не зналъ, что учиненное имъ дѣяніе запрещено закономъ, не можетъ имѣть никакого вліянія на его отвѣтственность; но чрезъ это не устраняется право обвиняемаго ссылаться на то, что, по обстоятельствамъ дѣла, онъ не только не зналъ, но и не могъ знать запрещенности учиненнаго, такъ что его дѣяніе должно быть разсматриваемо, какъ случайное.

Въ доктринѣ воззрѣніе на недопустимость ссылки на невѣдѣніе запрещенности учиненнаго нынѣ, несомнѣнно, господствуетъ и притомъ, какъ во

---

1) Совершенно внѣ даннаго вопроса стоятъ случаи завѣдомаго учиненія преступныхъ дѣяній изъ религіознаго или политическаго фанатизма, когда виновный, сознавая, что онъ учиняетъ преступленіе, полагалъ, что онъ обязанъ къ этому требованіями религіи или его политическими убѣжденіями; конечно, въ этихъ случаяхъ не можетъ быть и рѣчи о ссылкѣ на невѣдѣніе и заблужденіе. Ср. Häberlin, Ueber Rechtswahn und Wahnverbrechen въ архивѣ Goltdammer'a т. XIII, стр. 233 и сл. Многіе изъ партикулярныхъ нѣмецкихъ кодексовъ, по примѣру баварскаго уложенія 1813 г., особо упоминали о неизвиняемости дѣяній этого рода. С. Баршевъ, начала, стр. 73 и сл., переводитъ терминъ Rechtswahn выраженіемъ «правомечтаніе» и опредѣляетъ, какъ предпочтеніе субъективнаго убѣжденія—объективной истинѣ. Тотъ же терминъ принимаетъ А. Кистяковскій, № 240.

2) См. литературныя указанія въ моемъ курсѣ, II, № 201, пр. 56. Изъ позднѣйшихъ монографій и многочисленныхъ статей, посвященныхъ этому вопросу, можно указать F. Oetker, Ueber den Einfluss des Rechtsirrthums im Strafrechte, 1876 г.; Gessler въ G. 1859 г., стр. 217—237, 307—359; въ 1862 г., стр. 232—239; Heinze въ G. 1861 г., стр. 397—449; Ortmann въ G. 1877 г., стр. 241—268; 1878 г., стр. 30 и сл.; Simon въ G. 1880 г., стр. 416 и сл.; Fuchs въ G. 1884 г. стр. 1; Bar, Zur Lehre vom Rechtsirrthum im Strafrechte въ G., 1886 г., стр. 252—289; Lucas, Subjective Verschuldung, стр. 60—105 и въ G. 1884 г., стр. 401; O. Hammerer, Der Einfluss des Rechtsirrthums auf die Bestrafung. 1890 г.; Ortloff, Die Strafbarkeitserkenntniss und Schuldvoraussetzung 1891 г.; O. Kohn, Der ausserstrafrechtliche Rechtsirrthum, 1900 г.; Heinemann, Zur Dogmengeschichte des Rechtsirrthums, L. Z. XIII, стр. 371; сводъ мнѣній французскихъ криминалистовъ по этому вопросу у Le-Selleyer, Traité de la criminalité, I, № 126, пр. 1. Бельгійскіе криминалисты, Haus, Thonissen и въ особенности Thiry, допускаютъ ссылку на невозможность ознакомиться съ закономъ.

3) См. мой курсъ, II, № 208, пр. 105.

французской, такъ и въ нѣмецкой литературѣ [1]), хотя въ послѣднее время встрѣчаются представители иного направленія, возвращающіеся къ доктринѣ XVIII вѣка и доказывающіе, что положеніе—ignorantia juris semper nocet, проводимое съ неумолимою послѣдовательностью, вноситъ въ уголовное право формализмъ, противорѣчащій природѣ уголовной отвѣтственности [2]). Binding идетъ въ этомъ отношеніи даже такъ далеко, что въ сознаніи противоправности учиняемаго видитъ сущность преступнаго умысла [3]), какъ направленія воли не на учиненіе дѣянія вообще, а на учиненіе преступнаго дѣянія.

Посмотримъ, на какихъ устояхъ покоится господствующее мнѣніе?

Теоретическія основанія этого ученія затрогиваютъ одинъ изъ прин-

---

1) Такъ, изъ новѣйшихъ нѣмецкихъ писателей къ сторонникамъ этого взгляда относятся Köstlin, Berner, Liszt, H. Meyer, Schaper, Wächter, Hälschner, въ особенности Heinemann въ его Dogmengeschichte Ср. сопоставленіе различныхъ опредѣленій умышленности по отношенію къ данному вопросу у E. Hertz, Das Wesen des Vorsatzes, 1885 г., стр. 40 и сл. Heinemann, Dogmengeschichte, Liszt, § 39, выходя изъ того положенія, что умыселъ (Vorsatz) заключаетъ въ себѣ только сознаніе причинной связи послѣдствій съ дѣйствіемъ, а вовсе не объемлетъ сознанія всего юридическаго состава преступнаго дѣянія, приходятъ къ тому выводу, что подобно тому, какъ ложное представленіе о противозаконности учиненнаго (delicta putativa) не можетъ служить во вредъ учинившему, такъ и ложное представленіе о непреступности содѣяннаго (error juris criminalis) не можетъ служить ему въ пользу, и что это послѣднее положеніе одинаково относится какъ къ представленію о незапрещенности дѣянія, такъ и къ ложному предположенію о томъ, что дѣйствующій находится въ состояніи, исключающемъ преступность дѣянія. H. Meyer, § 24, признавая, что ссылка на невѣдѣніе запрета дѣянія никакого значенія не имѣетъ, въ то же время допускаетъ, что ссылка на заблужденіе относительно обстоятельствъ, устраняющихъ преступность дѣянія, исключаетъ умышленную виновность. Bar, Zur Lehre vom Rechtsirrthum, высказываясь за возможно строгое проведеніе этого взгляда въ уголовномъ правѣ, сознается (стр. 287), что онъ можетъ привести къ значительной суровости, и указываетъ рядъ средствъ смягченія этой доктрины, между прочимъ, и помилованіе. Посредствующую теорію защищаетъ Heinze, въ его статьѣ въ G., 1861 г.; отрицая необходимость для умысла сознанія противозаконности, онъ ставитъ, однако, условіемъ умышленности Pflichtwidrigkeit. Разборъ его теоріи у Ortmann, G., 1877 г. Гейеръ, въ Grundriss, ставитъ условіемъ умышленности незнаніе противозаконности учиненнаго, а знаніе вредоносности этого дѣянія для другихъ. Hälschner, Strafrecht стр. 250 и сл., въ особенности 255, пр. 1, развивая воззрѣніе Heinze, приходитъ къ тому выводу, что сознаніе Pflichtwidrigkeit въ сущности то же, что и сознаніе Normwidrigkeit у Binding'а, такъ какъ для виновности важно не сознаніе бытія нормы, а сознаніе обязанности, изъ нея вытекающей но, по мнѣнію Гельшнера, признакъ, установленный Гейнце, заслуживаетъ предпочтенія на томъ основаніи, что требованіе знанія нормы легко можетъ привести къ совершенно невѣрному требованію знанія закона, въ коемъ объективируется норма.

2) Binding, Normen, II, стр. 65, замѣчаетъ, что вредъ, причиненный этимъ положеніемъ римскаго права или, вѣрнѣе, тѣмъ распространеніемъ, которое придали ему позднѣйшіе юристы превосходитъ всѣ другіе случаи вреднаго вліянія римскаго права, такъ какъ тяжело вспомнить, сколько безвинныхъ человѣческихъ жертвъ принесено этому божку. Такой же отзывъ о крайне несправедливой постановкѣ вопроса о юридическомъ заблужденіи въ новыхъ кодексахъ даетъ Geyer Erörterungen, стр. 27; Grundriss, стр. 111. Изъ старыхъ криминалистовъ такое же значеніе невѣдѣнію закона придавали, конечно, сторонники теоріи предупрежденія: Фейербахъ, Бауеръ, Грольманъ; еще ранѣе Штюбель, Штельцеръ. На теоріи Биндинга построена монографія Oetker'a, а равно и Basedow'a; къ этой же группѣ примыкаютъ: Schwarze, Schütze, Ortmann, Olshausen, Osenbrüggen Jancka, Hammerer; въ защиту этого взгляда—подробныя указанія въ моемъ курсѣ, № 202 и сл. По поводу практики Reichsgericht'a, устраняющаго всякую ссылку на невѣдѣніе закона, ср. въ особенности Ortloff, Die Strafbarkeitserkenntniss, стр. 2.

3) Ср. Heinemann, Die Bindingsche Schuldlehre 1889 г., пристрастно написанная диссертація изъ семинаріи Листа.

ципіальныхъ вопросовъ уголовнаго права: гдѣ лежитъ основаніе обязанности каждаго не дѣлать запрещеннаго? Въ самомъ ли актѣ возникновенія запретительной нормы или воплощающаго ее закона, или въ моментѣ сознанія лицомъ дѣйствующимъ бытія такого запрета или приказа? Сторонники господствующаго воззрѣнія, особенно представители абсолютныхъ теорій [1]), говорятъ, что такъ какъ существо преступнаго дѣянія состоитъ въ отпаденіи единичной воли отъ общей, отъ того идеала, который долженъ быть присущъ каждому лицу, то потому съ момента появленія нормы она опредѣляетъ дѣятельность каждаго. Но таково ли дѣйствительно значеніе нормъ права? Можемъ ли мы сказать, что въ нихъ воплощается законъ, начертанный въ совѣсти каждаго? Уже въ общемъ опредѣленіи понятія преступнаго дѣянія я старался указать различіе принциповъ морали и требованій права; тѣ же соображенія примѣнимы и здѣсь. Нормы права суть заявленія авторитетной воли, ея предписанія, налагаемыя на насъ извнѣ; эти требованія не только не зависятъ отъ личныхъ воззрѣній отдѣльныхъ гражданъ, но иногда и противорѣчатъ имъ. Нормы права — это жизненныя правила, долженствующія служить для каждаго изъ насъ однимъ изъ основаній дѣятельности; но, справедливо замѣчаетъ Биндингъ (Normen, II, стр. 63), если право требуетъ подчиненія, то это непремѣнно предполагаетъ со стороны подчиняющагося представленіе о томъ, что существуетъ авторитетная воля опредѣленнаго содержанія, которой онъ подчиняется. Если человѣкъ долженъ подчиняться, то онъ долженъ знать, что существуетъ тотъ, кто требуетъ подчиненія, и то, чего онъ требуетъ. Сознательное противоположеніе дѣятельности требованіямъ права немыслимо безъ знанія этихъ требованій. Слѣдовательно, идя послѣдовательно, мы должны сказать, что, сообразно съ общимъ понятіемъ о нормахъ права, отсутствіе сознанія запрещенности учиненнаго устраняетъ умышленность преступнаго посягательства и, притомъ, не только при тѣхъ дѣяніяхъ, въ составъ коихъ введено сознаніе запрещенности, но вообще при всѣхъ преступныхъ посягательствахъ.

Практическими основаніями положенія ignorantia juris semper nocet ставятъ невозможность охраны общественнаго порядка и спокойствія при допущеніи оправданія ссылкою на незнаніе запрещенности учиненнаго: всѣ требованія власти и ея органовъ сдѣлаются эфемерными при признаніи такого верховенства личнаго усмотрѣнія надъ требованіями закона [2]).

Но эти практическія опасенія представляются значительно преувеличенными.

Прежде всего необходимо различать запрещенность дѣянія отъ его наказуемости [3]): каждый долженъ подчиняться требованіямъ права только потому,

---

1) Ср. Luden, Abhandlungen, II, стр. 521; Кестлинъ, System, § 113.

2) На этой почвѣ стоитъ, въ особенности, Bar, въ G., 1886 г.: «если бы ссылка на ошибку въ правѣ, говоритъ онъ (стр. 252), могла быть оправдательнымъ аргументомъ, то это было бы равносильно учрежденію государствомъ премія за незнаніе закона, за полное безучастіе и безразличіе къ интересамъ общественнаго порядка: кто знаетъ законъ, тотъ долженъ страшиться наказанія, а кто его не знаетъ, тотъ можетъ быть спокоенъ». Ср. также Heinemann, § 5.

3) Какъ замѣчаетъ Oetker, стр. 21, такая ссылка можетъ имѣть троякую форму: 1) дѣйствующій не считалъ учиненное имъ противозаконнымъ; 2) онъ считалъ его противозаконнымъ, но не

что такое требованіе существуетъ, а не потому, что за неисполненіе этого требованія положена каторга или тюрьма; поэтому ссылка на незнаніе запрещенности не должна быть смѣшиваема съ ссылкою на незнаніе мѣры наказанія[1]), а очевидно, что практически эти два вида ссылки на ошибочность предположеній весьма различны: трудно представить себѣ добросовѣстную ссылку на то, что обвиняемый не зналъ, что воровать закономъ запрещено; но весьма легко представить себѣ вполнѣ добросовѣстную ссылку на то, что виновный не зналъ, что за простое воровство положена тюрьма не ниже трехъ мѣсяцевъ [2]).

Далѣе, уничтожать умыселъ можетъ только дѣйствительное невѣдѣніе или заблужденіе о запрещенности дѣянія; одно сомнѣніе въ томъ, запрещено ли дѣяніе закономъ, какъ и при ошибкѣ фактической, не устраняетъ еще вмѣненія учиненнаго въ умыселъ. Даже болѣе, ссылка на то, что данный проступокъ былъ терпимъ мѣстною администраціею, былъ совершенъ какъ бы съ ея дозволенія, или что обвиняемый совѣтовался по поводу совершеннаго имъ со спеціалистами-юристами, сама по себѣ недостаточна для устраненія умышленности, такъ какъ, повторяю, сомнѣніе не равносильно незнанію.

Разумѣется, юридическое значеніе можетъ имѣть только ссылка на невѣдѣніе требованій права, а не ссылка на неразумность этихъ требованій: лицо, заявляющее, что оно не признаетъ существующаго правоваго порядка, не признаетъ закона и его требованія, конечно, не можетъ быть освобождаемо отъ отвѣтственности на основаніи подобной ссылки.

Невѣдѣніе и заблужденіе исключаютъ отвѣтственность за умышленное посягательство на норму, оставшуюся неизвѣстною виновному, но не устраняютъ еще отвѣтственности за самый фактъ невѣдѣнія, за выразившуюся въ немъ легкомысленность или небрежность. Если законъ наказываетъ посягательство на норму, учиненное по небрежности, то отвѣтственность можетъ существовать и тогда, когда небрежность проявилась именно въ неознакомленіи съ требованіями права и закона [3]). Поэтому, въ тѣхъ дѣяніяхъ

наказуемымъ; 3) онъ ошибался относительно рода и мѣры наказанія. Что же касается четвертаго приводимаго имъ случая, ошибки относительно наличности усиливающихъ или уменьшающихъ вину обстоятельствъ, то этотъ случай образуетъ особую группу, по отношенію къ которой возможны опять-таки всѣ три приведенные выше вида ошибки.

1) Иначе, конечно, относилась къ этому вопросу теорія психическаго принужденія Фейербаха, такъ какъ, на основаніи ея, незнаніе угрозы закона исключало возможность руководствоваться этою угрозою и, слѣдовательно, исключало не только умышленность, но и вмѣняемость. Впрочемъ, самъ Фейербахъ допускалъ много отступленій отъ своего основнаго положенія, то вводя презумпцію знанія угрозы закона, то расширяя отвѣтственность за culpa, такъ что практически онъ примыкалъ къ господствующему воззрѣнію. Нельзя не замѣтить также, что многіе изъ нѣмецкихъ писателей начала нынѣшняго столѣтія, защищая положеніе, что ignorantia juris semper nocet, ставили въ то же время сознаніе противозаконности условіемъ умысла. См. указанія въ моемъ курсѣ, II, № 203.

2) Finger, Strafrecht, § 33, дѣлаетъ къ теоріи Биндинга такую поправку, что для понятія умышленности не требуется знанія отдѣльной опредѣленной нормы, а вообще «Normwidrigkeit», сознаніе противоправности дѣянія; но разъ норма не есть статья опредѣленнаго тома свода законовъ, то такая поправка теряетъ всякое дѣйствительное значеніе.

3) Вопросъ этотъ, практически весьма важный, считается спорнымъ въ нѣмецкой доктринѣ. Противъ различенія «невиновнаго и виновнаго» незнанія права (unverschuldeter und verschuldeter

въ коихъ умышленность и неосторожность наказываются одинаково, какъ, напр., при многихъ полицейскихъ нарушеніяхъ, при посягательствахъ на уставы казеннаго управленія, ссылка на невѣдѣніе запрещенности не окажетъ весьма часто никакого вліянія на отвѣтственность, въ особенности, если нарушеніе сдѣлано такимъ лицомъ, которое, по своему званію или дѣятельности, было спеціально обязано познакомиться не только съ требованіями закона, но и съ постановленіями и распоряженіями компетентныхъ властей. Поэтому питейный сидѣлецъ будетъ наказанъ за продажу водки ниже установленной крѣпости, какъ въ томъ случаѣ, когда онъ разбавилъ водку, вполнѣ сознавая противозаконность его дѣйствія, такъ и въ томъ, когда онъ думалъ, что при розничной продажѣ подбавка воды къ водкѣ не воспрещается.

Такимъ образомъ, вполнѣ добросовѣстная ссылка обвиняемаго на незнаніе имъ запрещенности содѣяннаго, на незнаніе бытія нормы или ея содержанія, можетъ повлечь безнаказанность, во-1-хъ, по отношенію къ такимъ дѣяніямъ, при которыхъ наказывается только умышленное посягательство на правоохраненный интересъ, и во-2-хъ, при тѣхъ посягательствахъ, учиняя которыя обвиняемый не только не зналъ о запрещенности дѣянія, но и не могъ узнать о существованіи запрета. На этомъ основаніи признаются не обладающими способностью ко вмѣненію лица, выросшія внѣ соціальныхъ условій; такъ, наше уложеніе 1845 г. признавало невмѣняемость поступковъ дѣтей и глухонѣмыхъ, какъ не имѣющихъ понятія объ ихъ обязанностяхъ; равнымъ образомъ, можетъ быть допущена оправдательная ссылка для иностранца, если нарушеніе имѣетъ чисто мѣстный характеръ и учинено имъ вслѣдъ за прибытіемъ въ страну.

Конечно, наличность невѣдѣнія или заблужденія относительно запрещенности дѣянія тогда только уничтожаетъ отвѣтственность, когда незнаніе будетъ точно доказано; но самое доказательство должно быть дѣлаемо по общимъ правиламъ процесса, и допущеніе въ этомъ отношеніи предположенія знанія запретовъ, а въ особенности предположенія, не допускающаго опроверженій (juris et de jure), не оправдывается дѣйствительностью [1]).

Rechtsunkenntniss), а равно и противъ возможности примѣненія наказанія за неосторожность въ послѣднемъ случаѣ, высказались и нѣкоторые противники положенія juris ignorantia semper nocet, какъ Binding, Normen, II, § 34, Oetker, § 16, Hälschner, § 115, защищающіе то положеніе, что невѣдѣніе нормы или юридической обязанности одинаково исключаетъ вмѣненіе и въ умыселъ, и въ неосторожность. Но, по моему мнѣнію, такое рѣшеніе вопроса остается, прежде всего, теоретически не обоснованнымъ, въ особенности по отношенію къ тѣмъ дѣяніямъ, сущность коихъ заключается именно въ неподчиненіи запрету или требованію закона: я нарушилъ велѣніе права, я ссылаюсь въ мое оправданіе, что не зналъ этого велѣнія, меня нельзя обвинять въ сознательномъ и волимомъ нарушеніи этого велѣнія; но меня могутъ обвинять въ томъ, что я, легкомысленно и по небрежности, не узналъ, а потому и не исполнилъ это велѣніе. Съ практической же стороны, оспариваемое мнѣніе или заставитъ весьма расширить область случаевъ, для наказуемости коихъ не будетъ требоваться наличности субъективной виновности, или же, въ интересахъ общественнаго порядка, заставитъ отказаться отъ проведенія принципа возможности оправдательной ссылки на незнаніе запрещенности дѣянія.

1) На этой точкѣ зрѣнія стоитъ Жиряевъ, курсъ, гл. VIII, а также А. Кистяковскій, § 241, находящій, что главное и единственное основаніе положенія, что невѣдѣніемъ закона никто отговариваться не можетъ, заключается въ томъ, что, вообще говоря, незнаніе закона немыслимо, потому

Правда, что представленія о томъ, что кража, убійство, изнасилованіе запрещены, впитываются нами съ юношескихъ лѣтъ, въ семьѣ, въ школѣ; со многими нормами права мы знакомимся при первыхъ нашихъ жизненныхъ столкновеніяхъ, такъ что невѣдѣніе этихъ коренныхъ условій общественной жизни возможно только при особыхъ условіяхъ; но исчерпывается ли этими тяжкими преступными дѣяніями вся область уголовныхъ проступковъ и нарушеній? Если мы вспомнимъ всю сѣть полицейскихъ законовъ, охватывающихъ нашу жизнь, если мы вспомнимъ нашъ многостатейный сводъ, то съ увѣренностью можемъ сказать, что ни одинъ даже опытный юристъ не въ состояніи похвалиться полнымъ знаніемъ велѣній и запретовъ закона [1]).

Весьма вѣрныя замѣчанія дѣлаетъ по этому поводу извѣстный бельгійскій криминалистъ Haus: «государственная власть, говоритъ онъ, обнародуя законъ въ установленномъ порядкѣ, имѣетъ полное основаніе предполагать, что частныя лица озаботятся изученіемъ постановленій дѣйствующаго законодательства; такое предположеніе основывается, съ одной стороны, на обязанности всѣхъ лицъ, пребывающихъ на территоріи государства, знать законъ, надлежащимъ образомъ опубликованный, а съ другой стороны,—на возможности пріобрѣсти этого рода познанія въ опредѣленный срокъ; но эта презумпція не исключаетъ возможности ея опроверженія.

144. Кромѣ сознанія, умыселъ заключаетъ въ себѣ и другой моментъ—хотѣніе, направленіе нашей воли къ практической дѣятельности [2]), представляющійся не менѣе, если даже не болѣе важнымъ. Всякая виновность—есть виновность воли, а слѣдовательно и виновность умышленная, ибо только къ волевымъ актамъ могутъ быть придаваемы эпитеты злой, добрый. Этотъ моментъ хотѣнія также представляется сложнымъ, какъ относительно своего содержанія, такъ и относительно своего сформированія [3]).

Извѣстныя соприкосновенія наши съ предметами окружающаго насъ міра, проявленія нашихъ инстинктовъ, извѣстныя состоянія нашего организма, особенно соединенныя съ воспоминаніями объ испытанныхъ уже нами ощущеніяхъ удовольствія или непріятности, даже просто творчество нашего

что преступленія въ тѣсномъ смыслѣ суть дѣянія, считаемыя преступными по мнѣнію не только всего народа, но и цѣлой семьи народовъ, стоящихъ на той же ступени цивилизаціи; а знаніе полицейскихъ законовъ объясняется тѣмъ, что такіе запреты или существуютъ издавна, или же обнародованы во всеобщее свѣдѣніе. Далѣе, впрочемъ (§ 242), онъ допускаетъ случаи, въ коихъ незнаніе закона онъ считаетъ возможнымъ, не замѣчая, что этимъ подрывается его «единственное» основаніе.

1) Berner, Wirkungskreis des Strafgesetzes, стр. 44, ставитъ рѣшеніе вопроса въ зависимость отъ тройственнаго дѣленія преступныхъ дѣяній, допуская ссылку на невѣдѣніе закона только при полицейскихъ нарушеніяхъ; но онъ забываетъ чисто формальный характеръ этого дѣленія.

2) Проектъ швейцарскаго уложенія говоритъ: умышленно дѣйствуетъ тотъ, кто учинитъ воспрещенное закономъ дѣяніе «mit Wissen und Willen».

3) Подробное изложеніе этихъ вопросовъ относится къ психологіи; я касаюсь здѣсь ихъ настолько, насколько это необходимо для уразумѣнія понятія объ уголовной виновности. Ср. Janka, в. с. § 31 и сл.; Max Mayer в. с. 2-ая глава и Die psychologischen Elemente der schuldhaften Handlung; Bigaud, De l'influence du motif en matière criminelle 1898 г.; М. Чубинскій, Мотивъ преступной дѣятельности и его значеніе въ уголовномъ правѣ, 1900 года.

ума, нашей фантазіи, порождаютъ въ насъ представленія о возможныхъ нашихъ дѣйствіяхъ, о возможныхъ измѣненіяхъ въ окружающемъ насъ мірѣ, или въ нашихъ отношеніяхъ къ нему, измѣненіяхъ, могущихъ доставить намъ ощущеніе пріятнаго въ обширномъ смыслѣ, удовлетвореніе; подобныя представленія, разсматриваемыя не какъ акты или процессы мышленія, а съ ихъ жизнетворческой стороны, стремящейся къ созиданію, сохраненію или разрушенію насъ окружающаго, мы называемъ желаніями.

Весьма часто эти желанія, благодаря или ихъ содержанію, или условіямъ возникновенія, безслѣдно проносятся предъ нами, не оставляя никакихъ дальнѣйшихъ слѣдовъ въ нашей психической жизни; но иногда эти желанія, благодаря настроенію лица или совпаденію ихъ съ его характеромъ, получаютъ, такъ сказать, значеніе волевыхъ актовъ, дѣлаясь или отправною точкою построенія разныхъ плановъ, или даже стимуломъ дальнѣйшей дѣятельности лица; опредѣляютъ его поведеніе.

Въ послѣднемъ случаѣ возникшія желанія получаютъ двоякое значеніе. Какъ возбуждающій моментъ нашей дѣятельности, желаніе, получившее воленаправляющую силу, является стимуломъ, мотивомъ, а какъ полагаемый нашимъ сознаніемъ предѣлъ, достиженіемъ коего должна завершиться наша дѣятельность, оно составляетъ цѣль дѣйствія [1]). Такимъ образомъ, мотивъ и цѣль суть два коррелятивныя понятія, суть моменты психической дѣятельности, разсматриваемой съ двухъ различныхъ точекъ зрѣнія: ощущеніе голода рождаетъ въ насъ желаніе его удовлетворенія; если, для его удовлетворенія, мы предпринимаемъ что-либо, то это желаніе удовлетворенія, какъ отправной пунктъ дѣятельности, будетъ мотивомъ, а какъ предѣлъ, ее заканчивающій,— цѣлью.

Но эта соотносительность мотива и цѣли не предполагаетъ ихъ безусловной тождественности, а допускаетъ различіе въ объемѣ, въ степени спеціализированія. Очень нерѣдко цѣль представляется спеціализированнымъ мотивомъ, особенно когда двигателями являются побужденія, могущія проявляться въ разнообразныхъ конкретныхъ формахъ, каковы, напр., любовь, ненависть и т. п.: цѣль можетъ представляться осуществленіемъ нашего желанія во всей его полнотѣ, или же въ опредѣленной части; она можетъ проявляться въ видѣ конкретнаго зла для другихъ или въ видѣ достиженія блага для насъ: мотивъ мщенія воплощается въ конкретную форму причиненія физическаго страданія, боли, лишенія жизни; мотивъ улучшенія матеріальнаго положенія воплощается въ цѣли овладѣнія опредѣленными матеріальными предметами, цѣнностями. Далѣе, какъ мотивъ, такъ и цѣль могутъ быть простыми, когда, напр., удовлетвореніе желанія имѣть карманные часы можетъ быть исключительно и мотивомъ, и цѣлью дѣятельности, или же сложными. Сложная цѣль, кромѣ того, какъ предѣлъ дѣятельности, можетъ быть расчленяема во времени; тогда мы говоримъ о цѣляхъ близкихъ и отдаленныхъ, конкретныхъ и отвлеченныхъ: ближайшая цѣль преступной дѣятельности— изготовленіе фальшиваго заграничнаго паспорта, болѣе отдаленная—доставле-

1) Въ этомъ смыслѣ говоритъ Максъ Мейеръ, стр. 60; цѣль есть всегда представленіе, рѣшающимъ образомъ опредѣляющее волю, т. е. главный мотивъ.

ніе какому-либо лицу средства отъѣзда за границу, еще болѣе отдаленная— содѣйствіе скрытію этого лица отъ рукъ правосудія.

Постановкою цѣли не исчерпывается тотъ психическій процессъ, путемъ коего наше желаніе можетъ получить удовлетвореніе; мы предполагаемъ далѣе, что лицо намѣтитъ дорогу, выберетъ путь, которымъ оно пойдетъ къ поставленной имъ цѣли. Этотъ выборъ пути, эту намѣтку дороги, мы будемъ называть созданіемъ намѣренія, а самый путь—намѣреніемъ: поставивъ цѣлью своей дѣятельности удовлетвореніе голода, человѣкъ полагаетъ достигнуть этой цѣли или покупкою чего-либо съѣстнаго, или испрошеніемъ милостыни, или самовольнымъ взятіемъ вещи.

Но такъ какъ задуманное достиженіе цѣли намѣченнымъ путемъ должно быть реально осуществлено, то, по необходимости, одна только общая намѣтка пути, установленіе общаго характера дѣятельности, представляются недостаточными: человѣкъ, предполагающій дѣйствовать, по необходимости, входитъ въ разсмотрѣніе индивидуальной обстановки пути, опредѣляетъ, хотя и въ общихъ чертахъ, время, мѣсто, средства и способы дѣйствія, опредѣляетъ, гдѣ и что онъ купитъ, когда и у кого учинитъ кражу и т. д., составляетъ планъ дѣйствія.

Такимъ образомъ, хотѣніе, какъ элементъ умышленной вины, предполагаетъ возбужденіе къ дѣятельности или мотивъ, постановку цѣли, выборъ намѣренія и обрисовку плана.

Всѣ указанные выше моменты хотѣнія относятся къ развитію его содержанія; но хотѣніе можетъ быть также расчленяемо и со стороны формы, со стороны процессовъ сформированія хотѣнія и его элементовъ. Постановка цѣли, выборъ пути, созданіе плана, не всегда совершаются мгновенно, они нерѣдко требуютъ болѣе или менѣе продолжительнаго обдумыванія, выбора, опредѣленія, предполагаютъ психическую работу, которая часто измѣняетъ энергію преступной воли, степень ея опасности, а вмѣстѣ съ тѣмъ вліяетъ и на наказуемость. Но и послѣ того, какъ эта психическая работа окончена, сформированы отдѣльные моменты хотѣнія, для того, чтобы замышленное не осталось однимъ фантастическимъ планомъ, однимъ изъ тѣхъ мечтаній, которыя зарождаются, растутъ и исчезаютъ безслѣдно въ душѣ каждаго, чтобы оно дѣйствительно было преддверіемъ дѣятельности, ея опредѣленіемъ, необходимъ новый психическій актъ, энергическій порывъ, въ силу коего творческія построенія нашего мышленія получаютъ практическое значеніе; этотъ порывъ мы будемъ называть актомъ рѣшимости, составляющимъ то соединительное звено между мыслью и дѣломъ, послѣ котораго начинается уже осуществленіе воли въ дѣятельности, такъ что умыселъ является сознательно-волимою рѣшимостью на учиненіе извѣстнаго дѣянія и соотвѣтственное сему направленіе дѣятельности, обнимая этимъ понятіемъ какъ содѣяніе, такъ и бездѣйствіе [1]).

---

1) Berner, Imputationslehre, стр. 179 и сл.; Theilnahme, стр. 101; въ Lehrbuch, § 67, Бернеръ различаетъ: Berathung, обсужденіе, Beschluss, выводъ изъ психической дѣятельности, опредѣленіе, и Entschluss, рѣшимость; причемъ, прибавляетъ онъ, всѣ эти процессы, въ ихъ совокупности, могутъ являться или какъ предумышленіе, или какъ аффектированный умыселъ.

145. Несомнѣнно, что составные моменты хотѣнія не всегда представляютъ непрерывную, послѣдовательно развивающуюся цѣпь психическихъ процессовъ; нерѣдко они сливаются другъ съ другомъ во времени: одновременно съ цѣлью выбирается и путь, а планъ вырабатывается спустя долгое время; въ однихъ преступныхъ дѣяніяхъ эти моменты выступаютъ въ ихъ раздѣльности съ полною рельефностью, въ другихъ они сливаются между собою.

Съ другой стороны, принятая выше терминологія отдѣльныхъ моментовъ хотѣнія не представляетъ чего-либо установившагося ни въ доктринѣ [1]), ни въ законодательствахъ [2]); въ особенности не найдемъ мы никакой устойчивости въ этомъ отношеніи въ уложеніи о наказ. 1845 г., которое безразлично употребляетъ выраженія: «умыселъ», «намѣреніе», «цѣль». Уголовное уложеніе принимаетъ ту же терминологію, какая установлена выше; при этомъ объяснительная записка замѣчаетъ, что «это различіе отдѣльныхъ моментовъ умышленной вины представляется весьма важнымъ и въ практическомъ отно-

---

1) Такъ, въ одной нѣмецкой литературѣ мы встрѣчаемся съ цѣлою массою попытокъ опредѣленія элементовъ умысла. Дѣленіе, изложенное въ текстѣ, всего ближе къ терминологіи, защищаемой Гейеромъ въ Erörterungen, стр. 1, а въ особенности—Озенбрюггеномъ, въ его Abhandlungen, стр. 13; Бернеръ даетъ такое опредѣленіе: удовлетвореніе потребности—das Motiv und der Zweck; направленіе воли на выполненіе задуманнаго или на произведеніе результата—Absicht; пріобрѣтеніе энергіи для перехода во внѣшній міръ—Vorsatz. Иначе Schaper, въ руководствѣ Гольцендорфа, § 35: Vorsatz—направленіе воли на дѣятельность; Absicht—на правонарушеніе; Zweck—на измѣненіе во внѣшнемъ мірѣ. Kohler, Studien, стр. 75, относитъ «Absicht» къ понятію отдаленной цѣли дѣйствія; другіе же, наоборотъ, считаютъ за Absicht отношеніе сознанія къ ближайшимъ объективнымъ послѣдствіямъ дѣйствія. Berner, § 66, говоритъ: по этому воззрѣнію самое волимое посягательство на правоохраненный интересъ составляетъ Vorsatz, а осуществленная цѣль дѣйствія—Absicht. О неустойчивости понятій «Absicht» и «Vorsatz» можно судить, напр., изъ опредѣленій двухъ выдающихся австрійскихъ криминалистовъ — Janka и Finger. Янка, § 31: Absicht означаетъ направленіе воли на осуществленіе опредѣленно представляемаго состоянія, послѣдствія, которыя должны наступить, чтобы осуществить желаемое; Vorsatz означаетъ направленіе воли на способъ осуществленія намѣреннаго (die Art der Verwirklichung der Absicht); Фингеръ, § 36: Vorsatz есть предусмотрѣніе послѣдствія въ представленіи (das Vorbilden eines Erfolges in der Vorstellung); Absicht—движущее начало дѣянія (der Beweggrund einer Handlung); Vorsätzlich handeln—значитъ воспроизводить во внѣшнемъ мірѣ что-либо сообразно съ представляемымъ; Absichtlich handeln, значитъ дѣйствовать ради предположенной цѣли. По опредѣленію Листа, Vorsatz, простое сознаніе причинной связи дѣйствія и правонарушенія, соотвѣтствуетъ всего ближе непрямому умыслу, а Absicht, сознаніе причинной связи, какъ цѣли дѣйствія, соотвѣтствуетъ прямому умыслу. Geib, II, стр. 247, говоритъ, что, хотя различеніе Vorsatz и Absicht возможно, но въ практическомъ отношеніи безполезно, а по отношенію къ словопроизводству—безосновательно. Подробныя возраженія противъ этого мнѣнія у Ortloff, Die Unterscheidung zwischen Vorsatz und Absicht въ G., 1864 г., стр. 70—79, 107—151. Binding, Grundriss, 5 изд., стр. 107, замѣчаетъ, что въ современномъ германскомъ уголовномъ правѣ выраженіе «Absicht» употребляется какъ синонимъ Vorsatz, но иногда имѣетъ и самостоятельное значеніе направленія воли на опредѣленную цѣль, лежащую за предѣломъ окончанія замышленнаго преступленія. Изъ нашихъ криминалистовъ В. Спасовичъ, учебникъ § 56, хотя и указываетъ на составные элементы умысла, но не устанавливаетъ никакой терминологіи; различіе элементовъ умысла, сходное съ изложеннымъ въ текстѣ, усвоено А. Кистяковскимъ въ его учебникѣ, § 188.

2) Такъ, напр., крайне неустановившеюся является терминологія даже въ новомъ германскомъ уложеніи, которое безразлично употребляетъ слова: «Vorsatz», «Absicht», даже «Zweck», а равно и другія выраженія—«böswillig» «böshaft» «arglistig» и т. д. Ср. примѣры у Berner, § 66, стр. 120. Ср. также Löffler, § 12, который высказываетъ сожалѣніе, что отсутствіе единства терминологіи лишаетъ возможности установить ученіе о виновности по германскому уложенію.

шеніи, такъ какъ этимъ дается возможность, введя въ кодексъ строгую терминологію для каждаго изъ этихъ моментовъ, дать болѣе точную обрисовку состава отдѣльныхъ правонарушеній».

Дѣйствительно, значеніе этихъ моментовъ хотѣнія выражается какъ въ опредѣленіи понятія объ отдѣльныхъ преступныхъ дѣяніяхъ, такъ и при установленіи ихъ наказуемости.

Остановимся, прежде всего, на соотношеніи этихъ моментовъ съ понятіями о преступности дѣянія и ея видахъ.

Какую роль играютъ въ этомъ отношеніи мотивъ или цѣль дѣятельности? Обозрѣніе отдѣльныхъ преступныхъ дѣяній убѣждаетъ насъ, что, за нѣкоторыми исключеніями, понятіе о преступности учиненнаго, о юридической характеристикѣ преступнаго дѣянія, не зависитъ отъ этого момента хотѣнія. Съ одной стороны, безнравственность или антирелигіозность цѣли еще не опредѣляетъ преступности лица, какъ скоро то, что учинено для достиженія этой цѣли, не противозаконно; съ другой, возвышенный характеръ мотива, отсутствіе въ немъ эгоистическихъ элементовъ, не устраняетъ преступности: кража, совершенная для раздачи покраденнаго бѣднымъ, убійство лица, считаемаго вреднымъ для общественнаго блага, не утрачиваютъ только въ силу этого своего преступнаго характера и не выдѣляются изъ соотвѣтственныхъ группъ преступныхъ дѣяній. Поэтому, установленіе мотива и цѣли дѣйствія не даетъ еще намъ всегда достаточно данныхъ для опредѣленія юридическаго значенія совершеннаго: дѣйствія, выходящія изъ одного и того же побужденія, стремящіяся къ одной и той же цѣли, могутъ быть или преступными, или безнравственными, или же не только безразличными, но и похвальными.

Мало того, мотивъ и цѣль не только не могутъ отдѣлять преступное отъ непреступнаго, неправду уголовную отъ гражданской, но даже не могутъ по общему правилу служить для классификаціи преступныхъ дѣяній, такъ какъ, напр., корыстная цѣль одинаково можетъ быть достигнута кражею, разбоемъ, лишеніемъ свободы или убійствомъ, а мотивъ отмщенія, ревности можетъ быть осуществленъ обидою, изнасилованіемъ, увѣчьемъ. Оттого смѣшеніе цѣли, которую хотѣлъ достигнуть виновный, и намѣренія, т. е. выбраннаго имъ пути, направленія дѣятельности, при характеристикѣ внутренней стороны отдѣльныхъ преступныхъ дѣяній, можетъ привести къ совершенно невѣрнымъ выводамъ.

Но изъ этого общаго правила существуютъ, конечно, исключенія. Во-1-хъ, существуютъ преступныя дѣянія, при которыхъ путь, выбранный виновнымъ, самъ по себѣ имѣетъ преступное значеніе, только благодаря той цѣли, для осуществленія которой онъ былъ избранъ: такъ, кощунство или богохуленіе въ частномъ домѣ, при свидѣтеляхъ, почитается преступнымъ и наказуемымъ, если оно учинено съ цѣлью поколебать вѣру присутствующихъ или произвести соблазнъ; во-2-хъ, иногда цѣль служитъ основаніемъ классификаціи преступныхъ дѣяній,— при такъ называемомъ dolus specialis: поврежденіе священныхъ предметовъ относится или къ имущественнымъ преступленіямъ или къ надругательствамъ надъ святынею, смотря по цѣли виновнаго; такое же различіе допускаетъ законъ при поврежденіи могилъ и т. п.

Все сказанное о мотивѣ и цѣли дѣйствія примѣняется и къ плану пре-

ступнаго дѣянія. Взятіе часовъ, выстрѣлъ изъ ружья, сами по себѣ, не содержатъ никакого указанія на преступность или непреступность учиненнаго этимъ путемъ, а вмѣстѣ съ тѣмъ могутъ одинаково служить для осуществленія различныхъ преступныхъ намѣреній, такъ что планъ дѣйствія, по общему правилу, оказывается непригоднымъ и для классификаціи преступныхъ дѣяній. Самостоятельное значеніе плана обнаруживается только при нѣкоторыхъ преступныхъ дѣяніяхъ: такъ, по дѣйствующему праву, при захватахъ чужаго имущества, способъ дѣйствія, выбранный виновнымъ, служитъ для различенія кражи, грабежа, мошенничества; истребленіе собственнаго незастрахованнаго имущества становится преступнымъ, благодаря средствамъ, выбраннымъ виновнымъ, напр., при его поджогѣ, потопленіи и т. д.

Въ результатѣ оказывается, какъ говоритъ объяснительная записка къ уголовному уложенію, что «сущность каждаго преступнаго дѣянія опредѣляется намѣреніемъ, т. е. тѣмъ путемъ, который выбралъ для себя виновный; цѣль же и планъ играютъ дополнительную роль и выдвигаются лишь въ случаяхъ, особо закономъ указанныхъ. На этомъ основаніи, вездѣ, гдѣ въ уложеніи говорится объ умыслѣ вообще, какъ объ условіи преступности, для полноты состава предполагается, что виновный сознательно направилъ себя по данному пути, какими бы мотивами онъ ни руководствовался, къ какимъ бы средствамъ ни прибѣгалъ, при какой бы обстановкѣ ни дѣйствовалъ. Таково, напр., понятіе умышленнаго убійства, для состава коего безразлично, дѣйствовалъ ли убійца изъ мести, ревности или корысти, прибѣгъ ли къ кинжалу, револьверу или яду. Тамъ же, гдѣ въ составъ преступнаго дѣянія вводится, по тексту закона, указаніе на опредѣленную цѣль или опредѣленный планъ, т. е. указывается на выборъ извѣстнаго способа или средствъ дѣйствія, законъ всегда предполагаетъ, что виновный не только сознавалъ то, что онъ дѣлаетъ, и то, что можетъ произойти изъ его дѣйствій, и сознательно направилъ себя по этому пути, но, кромѣ того, что онъ исходилъ именно изъ указанныхъ закономъ побужденій и сознательно пользовался тѣмъ способомъ, коимъ выполнено преступное дѣяніе [1]).

Нѣсколько иначе ставится вопросъ о вліяніи составныхъ элементовъ умысла на отвѣтственность.

Конечно, и въ этомъ отношеніи существенное значеніе имѣетъ намѣреніе лица, такъ какъ на немъ основывается классификація преступныхъ дѣя-

---

1) Въ объясненіяхъ къ имущественнымъ преступленіямъ (т. VIII, стр. 26) говорится: умыселъ виновнаго слагается во-1-хъ, изъ знанія виновнымъ того, что дѣяніе направляется на причиненіе ущерба повреждениемъ имущества; во-2-хъ, признаніемъ, что виновный желалъ причинить имущественный ущербъ умаленіемъ или совершеннымъ уничтоженіемъ чужаго имущества, или по крайней мѣрѣ, сознавая возможность этого, относился безразлично къ послѣдствіямъ своей дѣятельности, допускалъ ихъ. Мотивы дѣятельности при этомъ безразличны: злоба и месть, корыстные разсчеты и ревность, стремленіе унизить власть и желаніе оскорбить религіозное чувство даннаго общественнаго класса, шалость и противоправительственная агитація, всѣ эти и иные, самые разнообразные мотивы въ одинаковой степени могутъ приводить къ отвѣтственности за умышленное поврежденіе имущества. Въ нѣкоторыхъ же случаяхъ, особо оговоренныхъ закономъ, мотивъ дѣятельности измѣняетъ самый составъ преступнаго дѣянія, превращая его въ посягательство противъ личныхъ благъ, въ оскорбленіе святыни или въ посягательство противъ государства.

ній, служащая, въ свою очередь, базисомъ отвѣтственности: посягательство на жизнь, въ среднемъ размѣрѣ, наказывается сильнѣе посягательства на собственность; но значеніе выбраннаго пути далеко не играетъ преобладающей роли, что доказывается уже и тѣмъ, что, напр., наказуемость умышленнаго убійства колеблется по нашему праву между исправительнымъ домомъ и каторгою безъ срока, а при другихъ преступныхъ дѣяніяхъ, напр., при истребленіи имущества, при кражѣ, этотъ предѣлъ между максимумомъ и минимумомъ представляется еще болѣе широкимъ.

Факторами, вліяющими на эту видоизмѣняемость наказуемости со стороны субъективной, являются прочіе составные элементы хотѣнія.

Такъ, нерѣдко такое значеніе имѣетъ способъ дѣйствія, какъ скоро въ немъ проявляется жестокость, хитрость, свидѣтельствующія объ испорченности и развращенности натуры виновнаго, или же выбранныя виновнымъ средства, когда, благодаря имъ, дѣяніе получаетъ особенно опасный для общества характеръ и т. д.

Еще болѣе значенія имѣютъ въ этомъ отношеніи мотивы и цѣль дѣйствія, въ особенности то соображеніе, руководился ли виновный исключительно эгоистическими побужденіями, личнымъ разсчетомъ, или же онъ выходилъ изъ невѣрно понятаго чувства долга, любви къ родинѣ; опредѣленіе преступной дѣятельности невѣжествомъ и суевѣріемъ, или гнетомъ общественнаго предразсудка, не можетъ не отразиться на отвѣтственности лица. Это значеніе мотива дѣйствія признаютъ и кодексы, хотя, сравнительно, въ небольшомъ объемѣ: такъ, по дѣйствующему нашему уложенію [1]), на основаніи мотивовъ изъ убійства выдѣляется дѣтоубійство; на основаніи мотива дѣйствія занимаетъ особенное мѣсто въ кодексѣ дуэль, и т. д. Въ новыхъ западно-европейскихъ кодексахъ значеніе мотива выдвинулось еще болѣе [2]); такъ, напр., по германскому уложенію, при цѣломъ рядѣ преступныхъ дѣяній, примѣненіе правопораженій ставится въ прямое соотношеніе съ характеромъ мотива дѣйствія. Въ судебной практикѣ всѣхъ странъ значеніе мотива представляется еще большимъ, распространяясь на всѣ преступныя дѣянія и, притомъ, какъ въ дѣлахъ, рѣшаемыхъ съ участіемъ присяжныхъ, такъ и на судѣ коронномъ: иногда можно встрѣтить даже случаи оправданія лицъ, фактическая виновность коихъ представляется несомнѣнно доказанною, только благодаря мотивамъ, опредѣлившимъ ихъ преступную дѣятельность, какъ, напр., при убійствѣ изъ ревности, въ отмщеніе за поруганную честь и т. п. Наконецъ, все большее и большее значеніе получаетъ вопросъ о значеніи мотивовъ въ современной доктринѣ и притомъ не только у представителей антропологическаго направленія—Ферри, Дриля, Пшевальскаго, или болѣе близкихъ къ ней, какъ Листъ, но и у представителей «третьей школы», стоящихъ на почвѣ объединенія классическаго направленія съ новыми требованіями, какъ

---

1) Ср. мое изслѣдованіе о преступленіяхъ противъ жизни, I, № 147; С. Баршевъ, О вліяніи народныхъ предразсудковъ на опредѣленіе наказанія, въ юрид. зап. Рѣдкина, т. II, стр. 78—82; Левенстимъ, Суевѣріе и уголовное право, 1897.

2) Подробно изложенъ вопросъ о значеніи мотива въ важнѣйшихъ современныхъ законодательствахъ и въ проектахъ въ монографіи Чубинскаго, стр. 140 и сл.

у Липмана и Макса Мейера въ Германіи, Риго—во Франціи, Чубинскаго и Фойницкаго у насъ. Мотивамъ придаютъ рѣшающее значеніе и при обрисовкѣ многихъ ученій общей части—превышенія предѣловъ обороны, крайней необходимости, согласія пострадавшаго, вліянія ошибки и заблужденія, даже при установленіи принципа вмѣняемости (теорія мотиваціи Листа), а въ особенности при установленіи лѣстницы наказаній — при организаціи и примѣненіи пораженія правъ, установленіи непозорящихъ видовъ лишенія свободы и т. п. Листъ [1]) на этой почвѣ строитъ даже свое различіе преступниковъ случайныхъ и преступниковъ привычки, какъ не поддающихся мотиваціи угрозою закона. Максъ Мейеръ и Чубинскій полагаютъ, что разработка и оцѣнка вопроса о значеніи мотива и его вліяніи составляютъ важнѣйшую задачу современной доктрины.

Также большое значеніе придаетъ мотивамъ итальянское уложеніе созданіемъ весьма широкаго примѣненія системы параллельныхъ наказаній и примѣненія за дѣянія, чуждыя низкаго, дурнаго мотива,—custodia honesta. Но особенно важная роль отведена мотивамъ въ проектѣ швейцарскаго уложенія, который внесъ въ число общихъ обстоятельствъ, уменьшающихъ отвѣтственность, учиненіе дѣянія изъ побужденій, достойныхъ уваженія (mobiles honorables, а въ первоначальномъ проектѣ — по благороднымъ, возвышеннымъ мотивамъ),—какъ, напр., нахожденіе въ тяжкомъ бѣдственномъ состояніи, подъ давленіемъ тяжкой угрозы, по приказанію начальника и т. п. Первоначальный проектъ указывалъ также, что наказаніе должно превышать среднюю мѣру, если виновный совершилъ преступленіе по низости характера, по злобѣ, жестокости, хитрости, мстительности, алчности, наслажденію дѣлать зло и т. п. но эта статья не перешла въ окончательный проектъ [2]). Проектъ норвежскій хотя и не упоминаетъ особо въ общей части о мотивахъ, но весьма широко смотритъ на ихъ значеніе въ части особенной, допуская въ значительномъ числѣ постановленій угрозу параллельными наказаніями, въ зависимости отъ особенностей субъективной виновности. При обработкѣ проекта нашего дѣйствующаго уложенія первоначально предполагалось дать болѣе широкое вліяніе мотиву на выборъ не только мѣры, но и рода наказанія, какъ это и видно изъ объяснительной записки къ проекту общей части, но затѣмъ, при обработкѣ особенной части, и въ особенности при раз-

---

1) Die psychologischen Grundlagen der Kriminalpolitik, L. Z. XVI стр. 477 и сл.; Liepmann, Einleitung, стр. 115 и сл. Липманъ, впрочемъ, предостерегаетъ противъ увлеченій въ этомъ направленіи, напоминая, что независимо отъ опасности, безнравственности и эгоистичности мотивовъ, для общественной и государственной оцѣнки преступленій, имѣетъ значеніе и объективная сторона преступной дѣятельности, въ особенности соціальная важность правоохраненнаго блага, на которое направляется посягательство. Интересный обзоръ вліянія мотивовъ на отвѣтственность у Max Mayer, в. с., глава VI—Schuld erhöhende und Schuld mindernde Faktoren.

2) Противъ такого обобщенія возражаетъ даже Листъ; эта система не принята даже и норвежскимъ проектомъ. Чубинскій, стр. 278, хотя и высказывается за такую формулу, но съ значительными ограниченіями: «суду предоставляется право освободить виновнаго отъ наказанія, если виновный, дѣйствуя по мотиву, чуждому низкаго, позорнаго или своекорыстнаго характера, *совершилъ маловажное дѣяніе* или дѣяніе, отъ котораго произошелъ незначительный вредъ, и если при этомъ изъ обстоятельствъ дѣла видно, что какого-либо *другого законнаго способа* достигнуть намѣченнаго результата *у виновнаго не было*».

смотрѣніи проекта въ совѣщаніи при Мин. Юстиціи и въ Государственномъ Совѣтѣ, эти предположенія были значительно ограничены. Это выразилось въ весьма ограниченномъ примѣненіи крѣпости, какъ custodia honesta, въ недопустимости перехода отъ тюрьмы къ другимъ наказаніямъ при многихъ незначительныхъ имущественныхъ преступленіяхъ, въ безусловномъ примѣненіи пораженія сословно-служебныхъ правъ, какъ послѣдствія тюрьмы, для преступниковъ изъ привилегированныхъ классовъ, и особенно въ безповоротности пораженія многихъ видовъ служебно-профессіональной правоспособности, дѣлающей приговоръ даже къ тюрьмѣ неизгладимымъ позорящимъ пятномъ въ жизни преступника, при какихъ бы условіяхъ ни было учинено имъ преступное дѣяніе и сколь бы ни было безупречно его позднѣйшее поведеніе.

146. Различеніе элементовъ хотѣнія имѣетъ существенное значеніе и при установленіи оттѣнковъ умышленной вины.

Классификація видовъ и подраздѣленій умышленной виновности была нѣкогда излюбленнымъ вопросомъ доктрины, особенно нѣмецкой, загромоздившей все ученіе о субъективной виновности страшною схоластикою, массою формальныхъ опредѣленій, подраздѣленій, практически ненужныхъ и теоретически спорныхъ. Къ сожалѣнію, та же запутанность перешла и въ кодексы, напр., въ партикулярныя нѣмецкія законодательства начала нынѣшняго столѣтія, и только мало-по-малу, но за то, слѣдуетъ полагать, безповоротно, и наука и кодексы освободились отъ этого наслѣдія [1]).

Поэтому я остановлюсь только на тѣхъ дѣленіяхъ, которыя или имѣютъ дѣйствительное теоретическое и практическое значеніе, или сохранились въ нашемъ правѣ.

Наиболѣе старымъ и наиболѣе важнымъ практически дѣленіемъ умышленной виновности является различіе между умысломъ прямымъ (dolus directus) и непрямымъ (dolus indirectus, а позднѣе eventualis), хотя самое понятіе объ этихъ типахъ въ исторіи доктрины существенно измѣнилось [2]). Такъ, въ первичномъ, до-фейербаховскомъ періодѣ, подъ непрямымъ умысломъ понимали умыселъ предполагаемый, свидѣтельствуемый обстоятельствами дѣла, напр., употребленнымъ оружіемъ, силою удара и т. д., благодаря коимъ можно было заключать, что виновный сознавалъ то, что дѣлаетъ, а потому и умышлялъ

---

1) Ср. изложеніе ученія о различныхъ періодахъ развитія умысла въ монографіи Gessler'a, стр. 18; а также подробное изложеніе нѣмецкой доктрины объ умыслѣ и неосторожности у Bekker'a, Theorie des heutigen deutschen Strafrechts, 1857 г., стр. 379 и сл.; Weber, Ueber die verschiedenen Arten des Dolus въ Архивѣ 1825 г., стр. 549—580; подробный обзоръ видовъ умысла у H. Meyer, § 26; H. Zachariae въ статьѣ объ умыслѣ, въ архивѣ Гольтдаммера, II, стр. 302, давно уже предлагалъ выбросить за бортъ всѣ эти дѣленія. Изъ французскихъ криминалистовъ указанія у Haus, Principes, I, № 299; Thiry № 64.

2) Ср. литературныя указанія въ моемъ курсѣ, I, № 218, пр. 129; въ особенности A. Feuerbach, Betrachtungen über dolus und culpa und über den dolus indirectus insbesondere, въ Bibliothek für peinl. Rechtswissenschaft, II, стр. 193; Temme, Ueber den unbestimmten Dolus въ архивѣ 1854 г., стр. 206—231; Krug, Ueber dolus und culpa und insbesondere über den Begriff der unbestimmten Absicht, 1854 г. Подробно изложена исторія этого ученія у Berner'a въ Imputationslehre, стр. 254 и сл.

на сознанное. Это дѣленіе вызвало нападки двоякаго рода: съ одной стороны, по поводу вводимой этимъ путемъ презумпціи виновности, а съ другой—въ виду отождествленія умышленности съ сознательностью.

Подъ ударами Фейербаха, а позднѣе Круга, распалось прежнее ученіе о непрямомъ умыслѣ и на его развалинахъ, мало-по-малу [1]), выросло новое ученіе о непрямомъ эвентуальномъ умыслѣ, или преступномъ безразличіи, съ выдѣленіемъ другой группы случаевъ, относимыхъ къ непрямому умыслу, въ смѣшанную виновность, подъ именемъ culpa dolo determinata.

Сознательное направленіе нашей дѣятельности на правоохраненный интересъ, по этой теоріи, можетъ быть двоякое: или посягающій желалъ именно этого посягательства, ради его и предпринялъ какое-либо дѣйствіе—умыселъ прямой; или же, предвидя, что предпринятое имъ произведетъ такое нарушеніе, онъ безразлично къ этому относился, допускалъ его наступленіе—умыселъ эвентуальный.

Такъ какъ всякое сознательно предпринимаемое дѣйствіе предполагаетъ наличность цѣли, къ которой стремится данное лицо, то умыселъ эвентуальный, по самой природѣ своей, является дополняющимъ умыселъ прямой, причемъ дополняемое можетъ быть само по себѣ преступно, или же юридически безразлично, такъ что эвентуальный умыселъ можетъ совпадать или съ преступнымъ, или съ непреступнымъ направленіемъ воли. Нѣкто спускаетъ фейерверкъ, предвидя, что ракеты или даже искры, благодаря сильному вѣтру, могутъ зажечь близъ лежащіе чужіе, легко воспламеняющіеся матеріалы, что дѣйствительно и случилось; эвентуальный умыселъ на истребленіе чужаго имущества конкурируетъ въ этомъ примѣрѣ съ непреступнымъ прямымъ умысломъ, направленнымъ на устройство фейерверка; кто-либо поджигаетъ ночью строеніе, въ которомъ лежитъ больной, предвидя при этомъ, что больной можетъ сгорѣть, или насилуетъ завѣдомо беременную, на послѣднемъ мѣсяцѣ беременности, предвидя, что можетъ произойти выкидъ; въ обоихъ этихъ случаяхъ эвентуальный умыселъ на убійство или на выкидъ конкурируетъ съ прямымъ преступнымъ умысломъ на поджогъ, на изнасилованіе.

При этомъ взаимное отношеніе послѣдствій желаемаго и допускаемаго—

---

[1]) Въ первый разъ этотъ признакъ допущенія послѣдствій—Billigung des Erfolges, какъ признакъ эвентуальнаго умысла, былъ указанъ Вехтеромъ въ его учебникѣ 1827 г.; изложеніе различныхъ воззрѣній на эвентуальный умыселъ у Hermann, Ueber Absicht und Vorsatz überhaupt und indirecte Absicht insbesondere. Ср. также мой курсъ, II, № 219. Разсмотрѣнію этого вида умысла посвящена монографія Wick, Ueber Vorsatz und Absicht, 1866 г. Это различіе двухъ видовъ умысла сдѣлалось нынѣ господствующимъ, въ виду особенно его практической важности. Ср. у Lucas, § 4, dolus eventualis, и § 12, die practische Bedeutung der Lehre vom dolus eventualis; здѣсь приведено много указаній примѣненія этого понятія въ германскомъ кодексѣ. Weissenhorn, Der unbestimmte eventuelle Dolus, G. L., стр. 195 и сл.; Bar, Dolus eventualis, L. Z. XVIII, стр. 534 и сл. Вопросъ объ эвентуальномъ умыслѣ, какъ о такомъ направленіи воли, при которомъ дѣйствующій хотя прямо и не желалъ преступнаго послѣдствія его дѣйствій и къ нему не стремился, но былъ доволенъ его наступленіемъ, его допускалъ,—былъ предметомъ обсужденія 24-го германскаго съѣзда юристовъ (1896) и оба докладчика, Steinglein и Liszt, а въ особенности первый, высказались за теоретическую и практическую его состоятельность, и это воззрѣніе было принято съѣздомъ. Противъ этого рѣшенія Bar въ G. LVI стр. 402.

можетъ быть таково, что оба послѣдствія могутъ быть осуществлены одновременно, или, наоборотъ, ихъ отношеніе таково, что наступленіе одного послѣдствія исключаетъ возможность наступленія другого [1]).

Въ нашемъ правѣ постановленія объ умыслѣ непрямомъ появились, подъ несомнѣннымъ вліяніемъ австрійскаго уложенія [2]) съ изданіемъ уложенія 1845 г., но въ формѣ, весьма неудачной. Ст. 108 (по изд. 1885 г.) говорила: «если по обстоятельствамъ, сопровождавшимъ его дѣяніе, подсудимый могъ и долженъ былъ предвидѣть, что послѣдствіемъ онаго должно быть не одно, а нѣсколько преступленій разной важности, то, хотя бы онъ и не имѣлъ положительнаго намѣренія совершить именно важнѣйшее изъ сихъ преступленій, однако, мѣра его наказанія опредѣляется всегда по важнѣйшему изъ преступленій, долженствовавшихъ быть послѣдствіемъ его дѣянія».

Это положеніе дополнялось ст. 109, которая говорила: «если подсудимый при содѣяніи какого-либо преступленія, тѣмъ самымъ, хотя и безъ прямаго на сіе умысла, учинилъ еще другое, болѣе важное, то мѣра его наказанія опредѣляется по правиламъ о совокупности преступленій, кромѣ лишь случаевъ, въ коихъ законами налагается за сіе именно другое наказаніе, болѣе строгое».

Сверхъ сего, рядъ постановленій о непрямомъ умыслѣ содержался въ особенной части; таковы постановленія ст. 1458 объ убійствѣ, 2 ч. ст. 1460 и 1520 объ оставленіи безъ помощи, ст. 1490 о побояхъ, ст. 1608 и 1618 объ истребленіи рудниковъ, ст. 1634 о разбоѣ. Изъ всей совокупности этихъ статей и изъ сопоставленія ихъ съ статьями о неосторожности [3]), не трудно было усмотрѣть, что на системѣ уложенія отразились самыя различныя, смѣнявшія другъ друга, воззрѣнія на существо непрямаго умысла, а потому буквальное примѣненіе этихъ его постановленій представлялось невозможнымъ.

Различіе умысла прямаго и преступнаго безразличія положено въ основу постановленій уголовнаго уложенія. Всякая умышленная вина предполагаетъ сознаніе учиненнаго виновнымъ преступнаго дѣянія; но затѣмъ, эта вина раздѣляется на два вида: первый, соотвѣтствующій прямому умыслу, когда виновный желалъ учиненія преступнаго дѣянія, и второй, соотвѣтствующій умыслу эвентуальному, когда виновный допускалъ наступленіе тѣхъ послѣдствій, которыя обусловливали преступность учиненнаго имъ.

По поводу этого дѣленія объяснительная записка содержитъ слѣдующія замѣчанія: «указанное различіе видовъ умысла служитъ, главнымъ образомъ, для опредѣленія объема дѣяній, входящихъ въ область умышленной виновности вообще, такъ какъ, съ практической стороны, оба эти вида вполнѣ

---

1) Это различіе принимаютъ и тѣ, которые видятъ сущность умысла въ хотѣніи, и тѣ, которые выдвигаютъ на первый планъ сознаніе; такъ, Листъ, § 38, признаетъ эвентуальный умыселъ безусловно, когда виновный считалъ наступленіе результата неизбѣжнымъ, и условно, когда онъ не считалъ неизбѣжнымъ, но соглашался на его наступленіе.

2) Ср. возраженія у Janka, § 50; Finger, § 38, отрицаетъ самую психологическую возможность такого вида умысла.

3) Ср. болѣе подробный разборъ этихъ постановленій и доказательства ихъ несостоятельности въ моемъ курсѣ, II, №№ 221 и 260.

объединяются общимъ для нихъ понятіемъ умысла, такъ что, по предположеніямъ комиссіи, въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ законъ говоритъ о виновности умышленной, не дѣлая никакихъ особыхъ оговорокъ, должны быть подразумѣваемы какъ умыселъ прямой, такъ и непрямой. Точно также они стоятъ, по общему правилу, наравнѣ и по отношенію къ уголовной отвѣтственности, вліяя развѣ только на мѣру наказанія при выборѣ ея судомъ: человѣкъ, безразлично относящійся къ тому, что изъ его дѣйствій произойдетъ чья-нибудь смерть, весьма нерѣдко можетъ проявлять такую же нравственную испорченность и такую же опасность, какъ и человѣкъ, прямо желавшій чьей-нибудь смерти».

По поводу различія въ объемѣ обоихъ видовъ умысла объяснительная записка указываетъ: «преступныя дѣянія въ томъ техническомъ значеніи, которое придано этому понятію первою статьею, могутъ быть, по ихъ внѣшней характеристикѣ, подраздѣлены на четыре группы: 1) преступныя содѣянія, т. е. акты дѣятельности виновнаго, воспрещенные сами по себѣ, безотносительно къ вызваннымъ ими результатамъ; 2) содѣянія, коихъ преступность обусловливается наличностью извѣстнаго, указаннаго закономъ, послѣдствія; 3) преступное бездѣйствіе или неисполненіе чего-либо требуемаго закономъ, воспрещенное само по себѣ, безотносительно къ вызваннымъ имъ результатамъ; 4) бездѣйствіе, преступность коего обусловливается наступленіемъ извѣстнаго, указаннаго закономъ, послѣдствія». По отношенію къ первому виду умысла, т. е. умыслу прямому, законъ говоритъ, что преступное дѣяніе почитается умышленнымъ, если виновный желалъ *его* учиненія; при этомъ слово «его» охватываетъ всѣ вышеуказанные оттѣнки, входящіе въ родовое понятіе преступнаго дѣянія; прямой умыселъ, слѣдовательно, возможенъ при всѣхъ видахъ преступныхъ дѣяній—важныхъ и маловажныхъ, активныхъ и пассивныхъ. Напротивъ того, опредѣленіе умысла непрямаго сдѣлано болѣе узкимъ, такъ какъ текстъ статьи говоритъ: «виновный сознательно допускалъ наступленіе обусловливающаго преступность сего дѣянія послѣдствія», т. е. объемлетъ только вторую и четвертую группу случаевъ, входящихъ въ родовое понятіе преступнаго дѣянія. «Это различіе вытекаетъ изъ самаго существа дѣяній первой и третьей группы, такъ какъ виновный, сознавая, что онъ дѣлаетъ или не дѣлаетъ что-либо преступное само по себѣ, тѣмъ самымъ желаетъ содѣяннаго или не содѣяннаго».

Въ борьбѣ противъ ученія о непрямомъ умыслѣ въ старомъ его значеніи, Фейербахъ предложилъ дѣленіе умысла по степени большей или меньшей опредѣленности цѣли, сохранившееся въ доктринѣ и понынѣ. Такъ, самъ Фейербахъ различалъ dolus determinatus и indeterminatus, относя къ неопредѣленному умыслу тѣ случаи, когда наступившее послѣдствіе хотя и входило въ общую цѣль, но въ соединеніи съ другими, не индивидуализированное; такая неопредѣленность могла, по его ученію, зависѣть или отъ поспѣшности дѣйствія, когда осуществленіе началось прежде окончанія мыслительнаго процесса, или отъ особенности выбранныхъ средствъ дѣйствія, когда, напр., дѣйствующій не зналъ, вызовутъ ли они разстройство здоровья или смерть; въ особенности же этотъ видъ умысла, подъ спеціальнымъ именемъ animus nocendi, имѣлъ значеніе при тѣхъ дѣяніяхъ, при которыхъ зло, причиняемое

виновнымъ, оставаясь однороднымъ, могло проявляться съ значительными видовыми отличіями, напр., при тѣлесныхъ поврежденіяхъ.

На этомъ же началѣ позднѣе строились и нѣкоторыя другія опредѣленія видовъ умысла, какъ, напр., понятіе умысла альтернативнаго, когда дѣйствующій предполагалъ возможнымъ наступленіе одного изъ нѣсколькихъ послѣдствій, одинаково желая каждаго изъ нихъ, или умысла спеціальнаго, когда, для полноты субъективной виновности при отдѣльныхъ преступныхъ дѣяніяхъ требовалась не только опредѣленность намѣренія, но и опредѣленность цѣли. Но первый видъ, по существу своему, не представляетъ никакого практическаго значенія, а второй—можетъ быть изслѣдуемъ только при анализѣ отдѣльныхъ преступныхъ дѣяній.

Третье дѣленіе умысла основывается на самыхъ условіяхъ сформированія преступной воли, на степени обдуманности и хладнокровія, проявленныхъ виновнымъ, при чемъ нѣкоторые кодексы, въ томъ числѣ и наше уложеніе о наказ. 1845 г., придаютъ этому дѣленію значеніе условія, вліяющаго на отвѣтственность при всѣхъ вообще преступныхъ дѣяніяхъ.

Самая характеристика этихъ видовъ дѣлается по психическому состоянію лица или въ моментъ дѣйствія, или въ моментъ сформированія умысла.

Въ первомъ случаѣ различаютъ исполненіе преступнаго дѣйствія въ спокойномъ состояніи, когда дѣйствующій взвѣшиваетъ каждый свой шагъ, и исполненіе аффектированное, часто лишенное надлежащей связи и послѣдовательности [1]).

Во второмъ случаѣ различаютъ три оттѣнка. Во-1-хъ, умыселъ, сформированный въ состояніи аффекта, хотя и недостигшаго такой силы, при которой онъ уничтожаетъ вмѣняемость. Дѣйствующій сознательно направляетъ свою дѣятельность къ цѣли, хотя, благодаря ненормальнымъ условіямъ возникновенія преступнаго намѣренія, задуманное рисуется неясно, поставленная цѣль, ея отношеніе къ интересамъ дѣйствующаго, къ требованіямъ права, отличается невѣрностью, преувеличеніемъ. Такое направленіе воли называется умысломъ аффектированнымъ — impetus [2]), и при установленіи отвѣтственности за него обращаютъ вниманіе на самую причину аффекта, на степень извиняемости раздраженія; въ особенности выдѣляются тѣ случаи, когда причиною аффекта были дѣйствія самого пострадавшаго.

Во-2-хъ, тѣ случаи, когда преступная воля, хотя и складывается въ совершенно спокойномъ, хладнокровномъ состояніи духа, но приводится въ исполненіе немедленно по возникновеніи, такъ что дѣйствующій не имѣетъ достаточно времени для обсужденія задуманнаго; этотъ видъ умысла называется внезапнымъ, но хладнокровнымъ—dolus repentinus.

Наконецъ, въ-3-хъ, тѣ случаи, когда виновный заранѣе обдумалъ всѣ существенные моменты предпринимаемаго имъ дѣйствія, сдѣлалъ тщатель-

---

1) Такое дѣленіе встрѣчается во многихъ нѣмецкихъ кодексахъ (mit oder ohne Ueberlegung), хотя, въ сущности, эти оттѣнки характеризуютъ не столько преступную волю, сколько преступное дѣйствіе.

2) Подробно излагаетъ исторію доктрины объ умыслѣ аффектированномъ Кестлинъ, System, стр. 187, дѣлающій изъ него среднюю ступень между умысломъ и неосторожностью.

ную оцѣнку плана—умыселъ обдуманный, предумышленіе, dolus praemeditatus.

Всѣ эти три вида могутъ быть или разсматриваемы отдѣльно или сведены къ двумъ группамъ и, притомъ, по одной изъ двухъ слѣдующихъ схемъ:

Уложеніе о наказ. 1845 г., въ ст. 4, различало въ умыслѣ двѣ степени: 1) когда дѣяніе учинено вслѣдствіе не внезапнаго, а заранѣе обдуманнаго намѣренія или умысла, и 2) когда оное учинено, хотя и съ намѣреніемъ, но по внезапному побужденію, безъ предумышленія [1]).

Обдуманность относилась къ составленію умысла, а не къ дѣйствію; поэтому выполненіе дѣянія въ аффектѣ, происходящемъ отъ опьянѣнія, или возникшемъ въ силу оказаннаго жертвою сопротивленія, не устраняло возможности признать дѣяніе учиненнымъ предумышленно, и наоборотъ, полное хладнокровіе, разсчетъ въ моментъ дѣйствія, не предполагало еще обдуманности умысла, такъ какъ оно возможно и при умыслѣ, возникшемъ внезапно.

Наличность обдуманности могла быть доказываема формальнымъ путемъ, тѣмъ, что умыселъ возникъ ранѣе дѣятельности, отдѣленъ отъ нея извѣстнымъ промежуткомъ; но, очевидно, такой способъ доказательства представляется далеко неисключительнымъ; мало того, иногда онъ можетъ оказаться и невѣрнымъ: лицо иногда можетъ относительно долго питать въ себѣ преступное намѣреніе, оставаясь, тѣмъ не менѣе, въ томъ же возбужденномъ состояніи, въ какомъ оно было въ моментъ возникновенія преступной мысли. Болѣе точнымъ признакомъ является обсужденіе, всесторонняя оцѣнка за-

1) Но уложеніе не давало никакого опредѣленія обоимъ видамъ умысла. Сенатъ, по дѣлу Витинскаго, 70/506, сдѣлалъ замѣчаніе, что по нашему уложенію выраженіе «умышленно» часто противополагается обдуманному намѣренію и означаетъ именно внезапный умыселъ.

думаннаго. Если преступникъ болѣе или менѣе тщательно обсуждаетъ шансы задуманнаго предпріятія, пріискиваетъ средства исполненія, старается обезпечить успѣхъ и т. п., то мы можемъ считать его поступокъ обдуманнымъ, а его волю особенно энергичною. Но, конечно, установленіе этого признака можетъ быть сдѣлано только по обстоятельствамъ каждаго отдѣльнаго случая, а не можетъ быть a priori установлено законодательствомъ [1]).

Обдуманность должна относиться къ намѣренію и только при нѣкоторыхъ преступныхъ дѣяніяхъ, въ видѣ исключенія, къ плану. Такимъ образомъ, дѣяніе остается предумышленнымъ, если виновный, задумавъ совершить кражу изъ дома посредствомъ проникновенія въ окно, въ дѣйствительности совершитъ ее посредствомъ взлома окна, оказавшагося запертымъ. Точно также дѣяніе остается предумышленнымъ, хотя бы самый объектъ, на который направляется посягательство, былъ опредѣленъ не индивидуальными чертами, а какими-либо общими, условными признаками, когда, напр., виновный задумалъ украсть тѣ вещи, которыя онъ найдетъ въ комнатѣ, убить перваго, встрѣтившагося ему прохожаго и т. д.; понятіе предумышленности не исчезаетъ даже и въ томъ случаѣ, когда исполненіе преступнаго дѣянія поставлено вообще въ зависимость отъ наступленія извѣстнаго условія.

Умыселъ аффектированный по уложенію о наказ. 1845 г. также характеризовался признаками, относящимися къ моменту возникновенія умысла, а не къ моменту выполненія; его признакомъ была поставлена наличность запальчивости и раздраженія, однако, не достигшихъ высшей своей степени, или не имѣющихъ патологическаго характера, въ силу коихъ они исключали бы вмѣняемость [2]).

Но затѣмъ, для общей характеристики аффектированнаго умысла было безразлично, обрушился ли аффектъ на того, кто былъ его прямою или косвенною причиною, или же на лицо, нисколько къ раздраженію не причастное; если жена, въ пылу ссоры съ мужемъ, убиваетъ ребенка, это убійство будетъ аффектированнымъ; также безразлично и свойство причины, вызвавшей аффектъ, такъ какъ признакъ этого вида умысла заключается въ на-

---

1) Такое формальное опредѣленіе даетъ французскій кодексъ, ставя два условія предумышленности: dessein formé avant l'action и guet-apens; самое понятіе préméditation (ст. 297) опредѣляется такъ: предумышленность заключается въ намѣреніи, составленномъ прежде дѣйствія, посягнуть на жизнь опредѣленнаго лица, или даже того, кто будетъ найденъ или встрѣченъ, если даже это намѣреніе будетъ поставлено въ зависимость отъ какихъ-либо обстоятельствъ и условій. Ср. разборъ этого опредѣленія у Haus, №№ 342, 343; бельгійское уложеніе отказалось отъ этого опредѣленія и предоставило установленіе признаковъ предумышленности практикѣ. Ср. вообще о признакахъ предумышленности въ статьѣ Миттермайера, Die Lehre vom Morde und Todtschlag nach dem preussischen Strafgesetzbuch, verglichen mit den Bestimmungen anderer Gesetzgebungen und geprüft nach den Forderungen der Gerechtigkeit, въ архивѣ Гольтдаммера, II, стр. 141, 285; а по русскому праву у К. Арсеньева, О предумышленномъ и непредумышленномъ убійствѣ, въ журн. мин. юст., 1860 г., стр. 71.

2) Въ мнѣніи втораго отдѣленія Е. И. В. канцеляріи по дѣлу пономаря Улезка и Градобоева (дѣло II-го отдѣл., 1847 г., № 75) сказано: подъ словомъ «раздраженіе» надлежитъ разумѣть не только то, которое происходило отъ досады, оскорбленія или гнѣва, но и произведенное всякою иною страстью; потому оное и поставлено за словомъ «запальчивость», «коего смыслъ гораздо тѣснѣе». Точно также и наша сенатская практика (рѣшенія по дѣламъ Немѣшаева, 70/705, и Трендлера, 71/1080) неоднократно указывала, что запальчивость и раздраженіе, какъ элементъ умышленной вины, не уничтожаетъ вмѣняемости.

личности аффекта, а не въ свойствахъ повода; поэтому умыселъ остается аффектированнымъ и тогда, когда поводъ былъ настолько значителенъ, что вывелъ бы изъ себя и самаго хладнокровнаго человѣка, а равно и тогда, когда раздраженіе объяснялось крайне вспыльчивою натурою виновнаго или тѣми обстоятельствами, при коихъ произошло возбудившее его событіе; но, конечно, всѣ эти условія, не измѣняя существа аффектированнаго умысла, вліяютъ на размѣръ наказуемости.

Конечно, большая обдуманность, всестороннее обсужденіе плана, указывая на большую энергію воли, на большую ея опасность, могутъ сдѣлать предумышленіе обстоятельствомъ, усиливающимъ вину; но признаніе обдуманнаго умысла всегда и безусловно болѣе тяжкою формою виновности можетъ привести къ несправедливости. Мы можетъ представить такіе случаи, когда лицо, долго обдумывавшее преступленіе, заслуживаетъ снисхожденія, въ которомъ приходится отказать человѣку, дѣйствующему подъ вліяніемъ внезапнаго порыва. Наглядныя доказательства въ этомъ отношеніи представляетъ судебная практика: убійства изъ ревности, изъ мести нерѣдко предполагаютъ обдуманность, долго носимый планъ дѣятельности, а между тѣмъ они всего чаще вызываютъ признаніе виновнаго заслуживающимъ снисхожденія и даже его оправданіе, а убійство изъ корыстныхъ побужденій, ради ограбленія, считается всегда тяжкимъ видомъ лишенія жизни, хотя бы преступникъ и дѣйствовалъ въ силу внезапнаго порыва.

На этомъ основаніи, то рѣзкое различіе, которое допускаетъ, напр., французское право при убійствѣ между assassinat и meurtre, или германское—между Mord и Todtschlag, вызываетъ сильныя возраженія, на томъ основаніи, что одна обдуманность плана или выполненія сама по себѣ не можетъ служить основаніемъ для примѣненія смертной казни [1]).

Уложеніе 1845 г., въ ст. 105, довольствовалось тѣмъ, что за дѣяніе, учиненное съ обдуманнымъ заранѣе намѣреніемъ, полагалась всегда высшая мѣра наказанія, за то преступленіе положеннаго, если въ законѣ не опредѣлено для случаевъ этого рода особой отвѣтственности. Кромѣ того, по п. 1 ст. 129 мѣра наказанія увеличивалась, чѣмъ болѣе было умысла и обдуманности въ дѣйствіяхъ преступника, а по п. 5 ст. 134 наказаніе уменьшалось, если преступленіе было учинено вслѣдствіе раздраженія, произведеннаго обидами, оскорбленіями или иными поступками лица, коему виновный сдѣлалъ или покушался сдѣлать зло.

Дѣйствующее уголовное уложеніе вовсе не упоминаетъ объ этихъ видахъ умысла въ общей части, предоставляя, такимъ образомъ, суду право принять во вниманіе обдуманность дѣйствій или аффектированное состояніе виновнаго только при выборѣ мѣры наказанія, если объ этомъ не будетъ особыхъ постановленій.

Въ связи съ только что разсмотрѣннымъ дѣленіемъ умысла стоитъ другое, весьма распространенное у средневѣковыхъ криминалистовъ различіе:

---

1) Противъ постановки этого различія во французскомъ и бельгійскомъ законодательствахъ высказались многіе изъ криминалистовъ; ср. изъ новыхъ—Tarde, Prins, Science, 297; въ Германіи—Гольцендорфъ.

dolus antecedens, seu ex proposito, dolus consequens seu ex re, u dolus subsequens [1]); но первые два типа не имѣютъ никакого практическаго значенія, такъ какъ они тождественны съ различіемъ обдуманнаго и внезапнаго умысла; что касается третьяго вида, то, по общему правилу, такая форма виновности представляется невозможною, такъ какъ желать или допускать совершеніе того, что уже совершилось, логически немыслимо, и, какъ бы искренне ни было одобреніе того, что совершилось, это одобреніе не будетъ умышленною виновностью. Но вопросъ ставится, повидимому, нѣсколько иначе только тогда, когда измѣненіе воли оказываетъ вліяніе на позднѣйшую дѣятельность виновнаго, такъ что это позднѣйшее измѣненіе ея дѣлается центромъ уголовной отвѣтственности: учинившій поджогъ по неосторожности, но затѣмъ воспользовавшійся этимъ для осуществленія возникшаго умысла и не потушившій пожара, человѣкъ, умышленно не вытащившій изъ воды нечаянно столкнутаго, будутъ отвѣчать за умышленный поджогъ или убійство; но въ существѣ, и въ этомъ случаѣ умыселъ будетъ послѣдующимъ только относительно дѣйствія, но онъ будетъ совпадающимъ относительно бездѣйствія.

147. *Неосторожность* [2]). Умышленная виновность предполагаетъ не только сознаніе виновнымъ, что онъ посягаетъ на правоохраненный интересъ, но и желаніе или, по крайней мѣрѣ, безразличное отношеніе къ наступленію такого послѣдствія; какъ скоро эти условія отсутствуютъ, а дѣйствіе тѣмъ не менѣе не относится къ числу невмѣняемыхъ въ вину, мы говоримъ о винѣ неосторожной. Такимъ образомъ, неосторожная вина служитъ дополненіемъ вины умышленной и можетъ представлять два оттѣнка: 1) когда у дѣйствующаго было сознаніе совершаемаго, но не было хотѣнія—преступная самонадѣянность, и 2) когда отсутствовало самое сознаніе—преступная небрежность. Въ первомъ случаѣ дѣйствующій сознаетъ, что послѣдствіемъ его дѣятельности можетъ быть посягательство на правоохраненный интересъ, что, напр., отъ производимаго имъ химическаго опыта можетъ произойти взрывъ зданія, но онъ не относится безразлично къ этому послѣдствію, не допускаетъ его, а, наоборотъ, предполагаетъ, что, благодаря принятымъ имъ мѣрамъ предосторожности, благодаря обстоятельствамъ даннаго дѣянія, преступныя послѣдствія не наступятъ; дѣйствующій, если можно такъ выразиться, сознаетъ возможность учиненія преступнаго дѣянія in abstracto, но не сознаетъ возможности наступленія его in concreto. Во второмъ случаѣ дѣйствующій не со-

---

[1]) Ср. Geyer, Erörterungen, стр. 10; Gessler, стр. 251.

[2]) См. литературныя указанія въ моемъ курсѣ, II, № 232, пр. 1, а также вышеприведенную литературу объ умышленной винѣ; въ особенности можно указать на статью Bar, Zur Lehre von der Culpa und dem Causalzusammenhange im Straf und Civilrecht въ Zeitschr. für privat und öffentl. Recht, 1877 г., № 1, 21—90; F. Bruck, Zur Lehre von der Fahrlässigkeit im heutigen deutschen Strafrecht, 1885 г.; Eccard, Die Fahrlässigkeit, 1889 г.; Rotering, Fahrlässigkeit und Unfallsgefahr, 1892 г.; H. Sauvard, Le délit d'imprudence, 1899 г. Подробнѣе разработанъ вопросъ о culpa въ литературѣ гражданскаго права; въ особенности можно указать—Mommsen, Beiträge zur Lehre von der Culpa въ его Beiträge zum Obligationenrecht, 1885 г., III, стр. 345 и сл.; Pernice, Labeo, II (über die Culpa des römischen Rechts), 1878 г.

знаетъ, что онъ учиняетъ преступное дѣяніе, хотя и могъ бы это предвидѣть при надлежащей внимательности; только съ исчезновеніемъ возможности предвидѣнія устраняется, какъ мы видѣли, всякая субъективная виновность и начинается господство случая.

Уложеніе о наказ. 1845 г. не давало точнаго опредѣленія неосторожности, указывая только на элементы этого понятія [1]), а уголовное уложеніе постановляетъ: преступное дѣяніе почитается неосторожнымъ, когда виновный: 1) не предвидѣлъ онаго, хотя могъ или долженъ былъ предвидѣть, или 2) когда онъ предвидѣлъ наступленіе обусловливающаго преступность сего дѣянія послѣдствія, но полагалъ предотвратить таковое. Къ этому объяснительная записка прибавляетъ: «подобно тому, какъ главнымъ типомъ умышленной виновности является умыселъ прямой, такъ важнѣйшею формою вины неосторожной является преступная безпечность или небрежность, формулированная въ 1-мъ пунктѣ 2-й части ст. 48, какъ такое преступное дѣяніе, коего виновный не предвидѣлъ, хотя могъ и долженъ былъ предвидѣть» [2]).

При умышленныхъ преступныхъ дѣяніяхъ субъективная виновность заключается въ сознательномъ и волимомъ направленіи дѣйствія или бездѣйствія на учиненіе преступнаго дѣянія, въ положительно злой и вредной волѣ; но въ чемъ заключается субъективная преступность самонадѣянныхъ или небрежныхъ дѣйствій, преступность этой недостаточно правомѣрной воли?

Отвѣты, даваемые на этотъ, во многихъ отношеніяхъ интересный, вопросъ криминалистами представляются весьма различными.

Прежде всего существуютъ попытки, хотя и стоящія совершенно особнякомъ въ доктринѣ, обосновать отвѣтственность за неосторожныя дѣянія исключительно на объективныхъ условіяхъ дѣйствія. Такъ, Руппъ [3]) видитъ основанія отвѣтственности за неосторожное учиненіе преступнаго дѣянія не

---

1) Формулировка неосторожной вины была сдѣлана у насъ впервые въ проектѣ уложенія 1813 г. § 10; но сводъ законовъ не принялъ этого опредѣленія, а говорилъ, что неосторожностью почитаются тѣ нарушенія законовъ, которыя учинены безъ умысла. Любопытно, что и наши криминалисты эпохи свода не различали неосторожности и случая, какъ, напр., Цвѣтаевъ, Гуляевъ. Ср. мой курсъ, II, № 248, пр. 246. А. Кистяковскій, стр. 385, говоритъ, что неясность дѣйствующаго уложенія произошла отъ того, что Государственнымъ Совѣтомъ опущена 7-я статья проекта, «въ которой опредѣлительно и точно были очерчены, какъ опредѣленіе, такъ и раздѣленіе вины неосторожной на два вида»; но это замѣчаніе заключаетъ очевидное недоразумѣніе: въ ст. 7 проекта, которая приведена цѣликомъ и у автора, не содержится никакого опредѣленія неосторожности, а говорится о мѣрѣ отвѣтственности; сама статья до того неопредѣлительна и неточна, что ея удержаніе въ законѣ только бы увеличило существующую путаницу понятій.

2) Норвежскій проектъ, § 41, признаетъ преступную неосторожность, какъ скоро кто-либо при учиненіи дѣянія видѣлъ или легко могъ бы увидѣть, что онъ дѣйствуетъ неосторожно или что онъ, обративъ вниманіе на причиненную его неосторожностью опасность, не отвратилъ по силѣ-возможности таковую; преступная неосторожность признается также въ томъ случаѣ, когда кто-нибудь, кромѣ случаевъ необходимости, исполняетъ какую-либо работу, или какія-либо профессіональныя обязанности, требующія особой опытности и искусства, которыми онъ не обладаетъ; швейцарскій проектъ, § 14, говоритъ: неосторожно дѣйствуетъ тотъ, кто учиняетъ преступное дѣяніе по недостатку предусмотрительности, которую онъ долженъ былъ имѣть по обстоятельствамъ дѣла или по его личному положенію.

3) Modernes Recht und Verschuldung, 1880 г., въ особенности § 13; см. замѣчанія о его попыткѣ у Brück'a, стр. 5.

въ волѣ, не въ субъективности виновнаго, такъ какъ таковая отсутствуетъ, а въ причинной связи преступнаго дѣянія и дѣятельности или бездѣйствія виновнаго (in deren Kausalität). «Dolus и culpa, говоритъ онъ, (стр. 70), отличаются другъ отъ друга тѣмъ, что въ первомъ причинное соотношеніе наступившаго результата отразилось въ сознаніи дѣйствующаго (въ сознаніи и въ волѣ, какъ, напр., при коварномъ убійствѣ—Meuchelmord, или только въ сознаніи, а не въ волѣ, какъ при d. eventualis), а при неосторожности эта причинность не отражается въ сознаніи (по крайней мѣрѣ, въ окончательно установившемся содержаніи сознанія)». Но эта попытка въ существѣ своемъ представляетъ возвращеніе къ теоріи фактическаго вмѣненія древняго права: причинность существуетъ и въ дѣйствіяхъ умалишеннаго, и въ явленіяхъ, вызванныхъ дѣйствіями животнаго или силами природы, и основывать преступность и наказуемость только на существованіи причинности значитъ ниспровергнуть основы современнаго ученія о преступности и наказуемости.

Обращаясь къ субъективному моменту неосторожной вины и, въ особенности, къ проявленному дѣйствующимъ недостатку внимательности, вдумчивости, нѣкоторые криминалисты, въ особенности прежніе, хотѣли видѣть основаніе наказуемости въ порочности и преступности разсудочной дѣятельности, въ недостаткѣ разумѣнія (Verstandesfehler) [1]). Но недостатки разумѣнія, будутъ ли они зависѣть отъ прирожденныхъ недостатковъ дѣйствующаго, или отъ недостаточности его развитія, его познаній, отъ неспособности напрягать свои умственныя силы и т. п., сами по себѣ не имѣютъ значенія для уголовнаго права, такъ какъ его велѣнія и запреты относятся къ дѣятельности лица, а не къ актамъ психической жизни: архитекторъ, построенный по начертаніямъ котораго сводъ обвалился и раздавилъ рабочихъ, привлекается къ отвѣтственности не за то, что онъ не зналъ теоріи кривыхъ линій и потому сдѣлалъ невѣрный разсчетъ и чертежъ, а за то, что, не обладая надлежащими свѣдѣніями, онъ занимался практическою дѣятельностью, требовавшею таковыхъ, и въ силу того не только поставилъ въ опасность, но и причинилъ вредъ правоохраненному интересу; только неустраненіе вреда, происходящаго отъ дѣйствія лица, который это лицо, при извѣстномъ напряженіи своей психической дѣятельности, могло бы устранить, обосновываетъ отвѣтственность за неосторожность.

Нормы права, опредѣляя условія и границы нашей правовой дѣятельности, разбиваютъ всю эту дѣятельность на правомѣрную и неправомѣрную. Согласіе нашихъ дѣйствій съ требованіями права составляетъ цѣль нашей юридической дѣятельности; но достиженіе этой цѣли, по справедливому замѣчанію Биндинга [2]), требуетъ соотвѣтствующихъ средствъ, а потому оно возможно только при тщательной обдуманности нашихъ поступковъ, и притомъ

---

1) Такое положеніе выставилъ еще Almendingen, Untersuchungen über culpose Verbrechen, 1804 г.; изъ новыхъ писателей къ этому мнѣнію присоединяется Hertz, Das Unrecht, 1880 г. Естественнымъ выводомъ изъ этого положенія было бы отрицаніе уголовной наказуемости culpa; къ такому выводу, какъ указываетъ H. Meyer, § 25, пр. 23, приходитъ Lasson (Rechtsphilosophie), допускающій при неосторожности только дисциплинарныя взысканія.

2) Normen, II, § 36; у него въ § 42—die vorsätzliche und das fahrlässige Delict, gefasst als Uebertretungen verschiedenen Normen,—содержится обзоръ различныхъ теорій неосторожной вины.

какъ въ моментъ выработки плана дѣйствія, такъ и въ моментъ выполненія его. Юридическій порядокъ налагаетъ на насъ обязанность не только не нарушать его приказовъ и запретовъ, но и напрягать нашу умственную дѣятельность, быть внимательными.

На томъ положеніи, что неосторожная вина есть неисполненіе обязанности быть внимательнымъ, была построена своеобразная и любопытная конструкція неосторожной вины у Фейербаха, хотѣвшаго характеризовать ее, какъ особый, самостоятельный типъ преступныхъ дѣяній [1]). Теорія психическаго принужденія, оправдывавшая наказуемость только невоздѣйствіемъ угрозы наказаніемъ на преступную рѣшимость, естественно должна была привести къ отрицанію возможности неосторожныхъ правонарушеній, такъ какъ для того, чтобы дѣяніе было вмѣнено дѣятелю, онъ долженъ былъ сознательно пренебречь угрозою закона, т. е. дѣйствовать умышленно. Но какъ же тогда поступить съ существующими во всѣхъ кодексахъ неосторожными дѣяніями? Это разрѣшаетъ Фейербахъ признаніемъ самостоятельной группы преступныхъ дѣяній, заключающихъ въ себѣ умышленное нарушеніе обязанности быть внимательнымъ и не причинять вреда извѣстнымъ, въ законѣ указаннымъ, интересамъ. Слѣдовательно, рядомъ съ закономъ, воспрещающимъ посягать на жизнь другаго, долженъ стоять новый законъ, требующій быть внимательнымъ при учиненіи дѣяній, могущихъ причинить кому-либо смерть; неосторожное причиненіе смерти, какъ и умышленное, предполагаетъ сознаніе нарушенія закона, т. е. предполагаетъ умышленное нарушеніе спеціальнаго закона. Практическая непригодность этой конструкціи очевидна сама собою; въ особенности при этомъ трудно объяснить, почему для наказуемости неосторожности законъ требуетъ наступленія вреда, а размѣръ ея наказуемости зависитъ отъ размѣра вреда.

Къ другой конструкціи неосторожности, хотя на тѣхъ же основаніяхъ превращенія ея въ особый видъ умышленной виновности, приходитъ извѣстный современникъ Фейербаха—Штюбель [2]). Безъ сознанія дѣянія, включительно съ его непосредственными и посредственными результатами, безъ сознанія, что это дѣяніе запрещено уголовнымъ закономъ и подходитъ подъ дѣйствіе закона, не существуетъ преступнаго дѣянія, нѣтъ, слѣдовательно, преступленія безъ умысла. Но что же такое будутъ неосторожные проступки и нарушенія? Если кто-либо, говоритъ Штюбель, предполагаетъ правонарушительныя послѣдствія своего дѣянія, какъ необходимыя, или хотя только какъ вѣроятныя, но имъ одобряемыя, то онъ выполняетъ умышленное преступное дѣяніе въ тѣсномъ смыслѣ; если же дѣйствующій не желаетъ предусматриваемаго имъ вѣроятнаго послѣдствія, а желаетъ только опаснаго дѣянія, какъ таковаго, то мы имѣемъ второй видъ умысла или вину неосторожную. Этотъ видъ умысла можетъ быть опредѣленъ, какъ рѣшимость на дѣяніе, съ сознаніемъ, что изъ него, вѣроятно, можетъ возникнуть другое, запрещен-

---

1) Въ его статьѣ въ Bibliothek für peinl. Rechtswiss. См. разборъ его ученія у Binding, Normen, II, стр. 144, и Gessler, стр. 52 и сл.

2) Ueber gefährliche Handlungen, als für sich bestehende Verbrechen, въ archiv за 1826 г.; изложеніе его теоріи у Binding, Normen, II, стр. 148.

ное уголовнымъ закономъ дѣяніе, но безъ намѣренія учинить послѣднее. Вопросъ о томъ, возникло ли изъ опаснаго дѣянія правонарушительное послѣдствіе или нѣтъ,—не имѣетъ никакого значенія, такъ какъ это случайное обстоятельство ничего не измѣняетъ въ природѣ опаснаго дѣянія.

Такимъ образомъ, Фейербахъ конструируетъ неосторожность, какъ умышленное бездѣйствіе, а Штюбель—какъ умышленное опасное дѣяніе. Это послѣднее воззрѣніе имѣетъ сторонниковъ и въ новѣйшей литературѣ, между прочимъ, Н. Сергѣевскаго [1]), хотя его весьма неопредѣленное построеніе теоріи неосторожности примыкаетъ, вмѣстѣ съ тѣмъ, къ указанной выше объективной теоріи Руппа. «Юридическая конструкція вмѣненія неосторожности, говоритъ онъ, установляется слѣдующимъ образомъ: законъ, обращая свои запреты къ гражданамъ, повелѣваетъ имъ воздерживаться не только отъ поступковъ, наносящихъ вредъ, но и отъ дѣйствій, заключающихъ въ себѣ опасность вреда . . . . однако, никакой законъ не въ состояніи былъ до сихъ поръ перечислить и опредѣлить составъ *всѣхъ* опасныхъ дѣйствій, воздержаніе отъ которыхъ желательно въ интересахъ общежитія и частной безопасности. Поэтому во всѣхъ законодательствахъ установляется еще наказуемость такихъ дѣйствій, которыя, безъ умысла со стороны дѣятеля, повлекли за собой какой-либо запрещенный въ законѣ вредъ и тѣмъ доказали свою опасность. Такимъ образомъ, въ положительномъ правѣ возникаютъ двѣ группы преступныхъ дѣяній, имѣющихъ своимъ содержаніемъ опасность вреда: опасныя дѣянія, именно указанныя въ уголовномъ законѣ, и опасныя дѣянія, въ законѣ именно не указанныя, доказавшія свою опасность своими результатами. Законъ, прибѣгая къ такому пріему, долженъ указать судьѣ, какой именно вредъ считаетъ онъ достаточнымъ доказательствомъ опасности дѣйствія для наказанія этого послѣдняго. . . . . Однако, опредѣливъ тотъ вредъ, который считается достаточнымъ доказательствомъ опасности дѣйствія для его наказанія, законъ не останавливается на этомъ: наказаніе всѣхъ дѣйствій, вызвавшихъ указанный въ законѣ вредъ, независимо отъ условій и обстановки ихъ совершенія, привело бы къ величайшему стѣсненію дѣятельности всѣхъ и каждаго. Извѣстныя ограниченія необходимы. Законъ вводитъ ихъ, облагая наказаніемъ не всякое такое дѣйствіе, а лишь тѣ изъ нихъ, которыя по свойству своему,—по обстановкѣ, условіямъ и способамъ совершенія—заключали въ себѣ извѣстную вѣроятность наступленія вреднаго послѣдствія, опредѣляемую по даннымъ общежитейскаго опыта; другими словами, облагаетъ наказаніемъ тѣ дѣйствія, которыя не только in concreto, въ данномъ спеціальномъ случаѣ, доказали свою опасность своими результатами, но и вообще, независимо отъ спеціальной обстановки этого отдѣльнаго случая, заключали въ себѣ опасность ихъ возникновенія; эта послѣдняя группа и есть неосторожность, culpa. . . . Такимъ образомъ, по внѣшности, рядомъ съ вмѣненіемъ дѣяній умышленныхъ, поставляется какъ бы вмѣненіе дѣяній неумышленныхъ; но въ дѣйствительности наказываются здѣсь не послѣдствія, вызванныя безъ умысла, а дѣйствія, ихъ при-

---

1) Общая часть уголовнаго уложенія по проекту, въ журн. гражд. и угол. права за 1883 г., № 10, стр. 121; Пособія, стр. 254 и сл.

чинившія—дѣйствія умышленныя или относящіяся къ разряду такихъ, въ которыхъ законъ неумышленное совершеніе приравниваетъ къ умышленному [1])». Основываясь на этихъ посылкахъ, авторъ дѣлаетъ, далѣе, нѣсколько пожеланій, напр., чтобы законодатель увеличивалъ возможное число прямо опредѣленныхъ въ законѣ опасныхъ дѣяній, а уменьшалъ число случаевъ наказуемой неосторожности; чтобы при наказуемости неосторожности законодатель обращалъ вниманіе не только на опасность объективную, но и на опасность субъективную, и чтобы самое вмѣненіе за culpa допускалось только въ томъ случаѣ, когда наступившій вредъ свидѣтельствуетъ объ опасности дѣянія вообще, а не только объ его вредоносности въ отдѣльномъ случаѣ [2]).

Но съ такою конструкціею неосторожности, по моему мнѣнію, нельзя согласиться ни съ точки зрѣнія дѣйствующаго права, ни, еще болѣе, съ точки зрѣнія реформы законодательства. Авторъ противополагаетъ опасныя дѣянія, особо запрещенныя закономъ, опаснымъ дѣяніямъ, которыя наказуемы не сами по себѣ, а только какъ неосторожное причиненіе вреда, и полагаетъ, что этою послѣднею группою исчерпывается объемъ неосторожности; но во всѣхъ законодательствахъ существуетъ еще обширная группа наказуемой неосторожности—въ видѣ причиненія неосторожнаго вреда дѣяніями, прямо запрещенными въ виду ихъ опасности: хозяинъ дома не чистилъ цѣлый годъ печныя трубы, или мужикъ оставилъ, во время топки, ригу безъ надзора; отъ этого сгорѣлъ домъ и имущество квартиранта, или сгорѣла рига: какъ мы накажемъ виновнаго? Конечно, не за опасное дѣяніе, а за вредъ, причиненный по неосторожности. Тотъ же выводъ получится, если мы обратимся къ тѣмъ случаямъ, когда дѣяніе само по себѣ не воспрещено закономъ, а причиненный имъ вредъ наказуемъ: кто-нибудь, необдуманно, придя въ чужую квартиру, схватилъ висѣвшее на стѣнѣ ружье, прицѣлился въ находившагося въ квартирѣ посѣтителя, спустилъ курокъ, выстрѣлъ, однако, не послѣдовалъ,

---

1) Къ этимъ положительнымъ соображеніямъ г. Сергѣевскій присоединяетъ отрицательныя, говоря (стр. 257): «господствующая конструкція неосторожности основывается на неправильномъ представленіи, что человѣкъ имѣетъ возможность познать результаты своей дѣятельности, но тѣмъ не менѣе не можетъ познать ихъ; имѣетъ возможность сознать, но тѣмъ не менѣе не дѣлаетъ этого. Можемъ ли мы допустить такое состояніе? Не должны ли мы, наоборотъ, признать, что если человѣкъ въ извѣстномъ данномъ случаѣ in concreto не предусматриваетъ послѣдствія, то онъ въ этомъ случаѣ и не могъ его предусмотрѣть? Мы съ своей стороны убѣждены въ послѣднемъ». Но такое положеніе можетъ защищать развѣ самый крайній детерминистъ, а авторъ—защитникъ теоріи закономѣрности. Съ точки же зрѣнія этой теоріи возраженія автора становятся безсодержательными: что если бы въ жизни изъ факта неисполненія, по небрежности, какой-либо обязанности дѣлали заключеніе о невозможности исполненія таковой? Сторожъ, проходя по рельсамъ, наскоро, невнимательно, не увидѣлъ, что на рельсы положенъ камень или что рельсы сняты; машинистъ не остановилъ поѣзда, потому что не обратилъ вниманія на предостерегательный знакъ, фонарь: онъ не предвидѣлъ опасности и слѣдовательно не могъ предвидѣть, а между тѣмъ крушеніе произошло, произошла масса смертей, увѣчій; можно ли вмѣнить это крушеніе, эти послѣдствія ему въ неосторожную вину, или же онъ долженъ только отвѣчать за допущенныя имъ нарушенія обязанностей, если еще при томъ таковыя окажутся? Сколько бы оправданій различной дѣятельности, оказавшейся или безнравственною, или юридически вредною, повлекло за собою такое положеніе, какой бы вредъ причинило оно общественному порядку!

2) Эти послѣднія пожеланія, впрочемъ, ни въ какомъ соотношеніи съ теоріею Сергѣевскаго не состоятъ.

хотя ружье и было заряжено, произошла осѣчка—опасное дѣйствіе не наказуемо; выстрѣлъ произошелъ и причинилъ смерть—виновный отвѣчаетъ по уложенію; за что же мы наказываемъ его: за опасное дѣйствіе или за причиненное по неосторожности послѣдствіе? Далѣе, положеніе автора, что, при наказуемости неосторожнаго послѣдствія, мы всегда наказываемъ «дѣйствія умышленныя и опасныя», также невѣрно, такъ какъ опасныя дѣйствія, особо запрещенныя въ законѣ, для ихъ наказуемости вовсе не требуютъ умышленности: кто-нибудь разведя костеръ среди лѣса, ушелъ, оставивъ его непотушеннымъ, и причинилъ лѣсной пожаръ; нужно ли, для примѣненія наказанія, доказывать, что ушедшій умышленно оставилъ костеръ непотушеннымъ?

Также несостоятельна эта теорія отнесенія неосторожнаго вреда къ группѣ опасныхъ дѣяній и съ точки зрѣнія законодательныхъ измѣненій. Увеличеніе числа прямо запрещенныхъ опасныхъ дѣяній нисколько не уменьшитъ объема наказуемой неосторожности, такъ какъ одни постановленія вовсе не покрываютъ другихъ: причиненіе по неосторожности пожара, увѣчья, неосторожное лишеніе жизни, вѣроятно, и въ ближайшихъ будущихъ кодексахъ будутъ облагаться личными наказаніями—арестомъ и даже тюрьмою; но, конечно, такія наказанія немыслимы за нарушеніе правилъ осторожности при обращеніи съ огнемъ, даже при нарушеніи большинства правилъ, ограждающихъ личную безопасность.

Всѣ предшествующія замѣчанія одинаково относятся какъ къ теоріи Н. Д. Сергѣевскаго, такъ и къ ея прототипу—теоріи Штюбеля; но первая вызываетъ и иныя самостоятельныя возраженія. По теоріи Сергѣевскаго, неосторожными должны быть признаны тѣ, особо не указанныя въ законѣ, опасныя дѣянія, коихъ опасность свидѣтельствуется ихъ результатомъ; этимъ положеніемъ его ученіе примыкаетъ къ вышеуказанной теоріи Руппа: причиненіе вреда—вотъ основаніе наказуемости; но чѣмъ же мы отличимъ, при такой постановкѣ, неосторожное убійство отъ случайнаго, такъ какъ и въ послѣднемъ есть вредъ, свидѣтельствующій объ опасности вызвавшаго его дѣянія?

Сущность неосторожной вины и основы ея наказуемости, по моему мнѣнію, могутъ быть выведены изъ понятія объ охранѣ нормами интересовъ жизни и изъ общихъ вышеуказанныхъ условій вмѣненія и виновности [1]).

Беря подъ свою охрану какой-либо интересъ, государство налагаетъ на каждаго гражданина обязанность воздерживаться отъ сознательнаго и волимаго причиненія вреда этому интересу или отъ поставленія его въ опасность; но весьма нерѣдко, въ виду важности правоохраненнаго интереса, государство идетъ далѣе и налагаетъ на каждаго обязанность въ его дѣятельности

---

1) Ср. Sauvard, III partie — du fondement rationnel de la répression dans le délit d'imprudence, а въ особенности главу 3: la répression de l'imprudence a-t-elle un fondement rationnel? Онъ справедливо указываетъ (стр. 123), что въ наше время, когда паръ и электричество проникли въ самыя разнообразныя проявленія нашей общественной и индивидуальной жизни—среди конокъ, автомобилей, велосипедовъ, машинъ всякаго рода—безопасность общественная требуетъ отъ каждаго все болѣе и болѣе внимательности и благоразумія; и теперь, болѣе чѣмъ когда-либо, неосторожность представляетъ дѣйствительную опасность для общества.

или бездѣйствіи, которыя соприкасаются съ этимъ интересомъ, которыя могутъ быть причиною его поврежденія, быть возможно осторожнымъ и внимательнымъ, угрожая за поврежденіе этого интереса по невнимательности наказаніемъ; такимъ образомъ, основа наказуемости случаевъ этого рода лежитъ въ неисполненіи обязанности дѣйствовать осторожно, въ недостаткѣ правомѣрной воли: виновный могъ предвидѣть, что изъ его дѣйствія произойдетъ вредъ правоохраненному интересу, но не оказалъ надлежащей заботливости, вредъ произошелъ, а потому онъ и отвѣчаетъ за него въ уголовномъ порядкѣ.

Жизненный опытъ свидѣтельствуетъ намъ, что условія общественной жизни, съ ея взаимно переплетающимися интересами, вызываютъ значительное число такихъ посягательствъ на правоохраненные интересы, не желаемыхъ и даже не допускаемыхъ лицомъ, учинившимъ такое посягательство; но, какъ я замѣтилъ выше, по общему правилу, въ современномъ правѣ такой вредъ не почитается еще достаточнымъ основаніемъ уголовной отвѣтственности, пока въ этомъ причиненіи мы не откроемъ субъективной виновности дѣйствующаго. Поэтому мы и раздѣляемъ всѣ неумышленныя посягательства на правоохраненный интересъ на вмѣняемыя и невмѣняемыя. Подобно тому, какъ признакомъ умышленныхъ дѣяній является дѣйствительное проявленіе элементовъ дѣеспособности въ дѣяніи, такъ характеристическимъ признакомъ неумышленныхъ, но вмѣняемыхъ дѣяній ставится возможность проявленія этихъ элементовъ, т. е. возможность сознанія и возможность правомѣрнаго хотѣнія, при извѣстномъ напряженіи или измѣненіи психической дѣятельности; напротивъ того, характеристическимъ признакомъ невмѣняемыхъ дѣяній должна быть признана невозможность таковаго проявленія.

Учинившій неумышленное, но вмѣняемое дѣяніе нарушаетъ обязанность, имѣющую не только религіозно-нравственный, но и юридическій характеръ, не совершать ничего, вредящаго правоохраненнымъ интересамъ, обязанность, совмѣщающую въ себѣ, какъ моментъ, обязанность сознательно не посягать на этотъ интересъ.

При такомъ воззрѣніи проявленія виновности умышленной и неосторожной представляются, въ основныхъ чертахъ, аналогичными.

Стоя на почвѣ теоріи подчиненности человѣческихъ дѣйствій закону достаточной причины, мы говоримъ, что лицо, сознательно и волимо осуществившее мотивъ, въ данный моментъ преобладающій въ его психическомъ настроеніи, по соображеніямъ, которыя будутъ изложены далѣе, въ ученіи о наказаніи, подлежитъ уголовной карѣ; по тѣмъ же соображеніямъ, должно подлежать наказанію и лицо, не воспользовавшееся своими психическими средствами, вліяющими на опредѣленіе дѣятельности, хотя и находившееся въ условіяхъ, допускавшихъ возможность таковаго пользованія.

Предполагая далѣе, что неосторожность, какъ и умыселъ, суть только оттѣнки субъективной виновности, выразившейся въ посягательствѣ на правоохраненный интересъ, я не могу, конечно, видѣть въ неосторожности преступнаго бездѣйствія, такъ какъ она можетъ быть элементомъ какъ посягательства на запреты, такъ и посягательства на требованія закона; еще менѣе

можно, по моему мнѣнію, конструировать неосторожность, какъ правоопасное дѣяніе, такъ какъ она всего чаще является элементомъ дѣяній, причиняющихъ правоохраненнымъ интересамъ вредъ, а не только ставящихъ ихъ въ опасность.

Посягательство на всякій правоохраненный интересъ можетъ быть учинено умышленно и неосторожно: норма «не убей» заключаетъ въ себѣ и воспрещеніе сознательно посягать на жизнь другаго и воспрещеніе быть причиною чьей-либо смерти въ силу легкомыслія и небрежности. Но это общее положеніе получаетъ въ законодательствахъ существенныя ограниченія, частью—въ силу условій состава преступныхъ дѣяній, частью—въ силу прямаго указанія закона, такъ что область вины неосторожной, сравнительно съ умышленною, представляется несравненно меньшею.

Такое неосторожное причиненіе вреда заключаетъ въ себѣ всѣ тѣ элементы общественной и государственной опасности и вредоносности, которыя служатъ основаніемъ примѣненія уголовной кары. Наказывая неосторожность, государство осуществляетъ общія задачи наказанія: съ одной стороны, побуждая наказываемаго быть болѣе внимательнымъ къ своимъ дѣйствіямъ и ихъ возможнымъ результатамъ, а съ другой, укрѣпляя въ общественномъ сознаніи идею о необходимости быть внимательнымъ и объ опасности непредусмотрительности, и, наконецъ, успокаиваютъ общественное сознаніе, взволнованное проявленіемъ легкомыслія, самомнѣнія, неряшливости, повлекшихъ десятки, а иногда и сотни жертвъ.

148. Неосторожная вина дополняетъ собою вину умышленную, вмѣстѣ съ нею противополагаясь дѣяніямъ не вмѣняемымъ; поэтому она характеризуется двоякаго рода признаками, отличающими ее отъ умысла и отъ дѣяній невмѣняемыхъ.

Перваго рода признакомъ является отсутствіе сознанія учиненнаго посягательства на правоохраненный интересъ и, притомъ, или вообще, или по отношенію къ конкретнымъ условіямъ дѣянія при такъ называемой самонадѣянности.

Отсутствіе сознанія преступности учиненнаго свидѣтельствуетъ о наличности у дѣйствующаго невѣдѣнія и заблужденія объ условіяхъ его дѣйствія, которыя, устраняя умышленную вину, создаютъ въ то же время вину неосторожную, если, конечно, эта ошибка по своему объему и значенію не устраняетъ самаго вмѣненія.

На этомъ основаніи, все изложенное выше ученіе объ ошибкѣ вполнѣ примѣняется къ установленію границъ умысла и неосторожности, а потому, не повторяя высказанныхъ уже положеній, я позволю себѣ резюмировать ихъ въ примѣненіи къ неосторожности.

Такимъ образомъ, источникомъ неосторожной вины могутъ быть характеръ и личныя свойства дѣйствующаго, его легкомысліе, отсутствіе привычки сосредоточивать вниманіе на своихъ поступкахъ, неловкость и неповоротливость въ дѣйствіяхъ, лѣность, мѣшавшая ему пріобрѣсти свѣдѣнія, необходимыя для правомѣрной дѣятельности въ данномъ случаѣ, излишняя самоувѣренность, самомнѣніе и т. д.; или источникъ неосторожности можетъ лежать

во временныхъ условіяхъ дѣйствія, требовавшаго быстраго рѣшенія, въ аффектированномъ состояніи, въ запальчивости и раздраженіи, или, наоборотъ, въ притупленіи психической дѣятельности, въ апатіи, лѣни думать и т. п., или же, наконецъ, въ дѣйствіяхъ третьихъ лицъ, сдѣлавшихся притомъ источникомъ такой ошибки безсознательно или сознательно [1]).

Это отсутствіе сознанія учиненнаго, опредѣляющее бытіе неосторожной вины, можетъ относиться къ совершенному въ полномъ его объемѣ, или къ его частямъ; оно можетъ относиться или къ фактической обстановкѣ дѣйствія, или къ причинному соотношенію, вызванному сознательными и, можетъ быть, обдуманными дѣйствіями лица. Далѣе, это отсутствіе сознанія можетъ относиться къ юридической обстановкѣ дѣянія; такъ, напр., человѣкъ, сжегшій вещь, почитаемую имъ своею, но оказавшуюся чужою, не можетъ отвѣчать за умышленное истребленіе чужой собственности, но можетъ быть наказанъ за неосторожность [2]).

Но, во всякомъ случаѣ, эта ошибка должна относиться къ существеннымъ условіямъ дѣянія, такъ какъ только тогда уничтожается умышленная вина и, слѣдовательно, можетъ возникнуть вопросъ о неосторожности.

Въ силу этого соотношенія между умысломъ и неосторожностью, вопросъ объ объемѣ и даже объ опредѣленіи неосторожности стоитъ въ прямой зависимости отъ значенія, придаваемаго теоріею и практикою невѣдѣнію и заблужденію относительно запрещенности даннаго дѣянія.

Такимъ образомъ, сторонники ученія, признающаго, что невѣдѣніе и заблужденіе относительно запрещенности учиненнаго или, наоборотъ, относительно его правомѣрности, устраняютъ умышленность преступнаго дѣянія, должны несравненно шире опредѣлять объемъ неосторожной вины, чѣмъ сторонники положенія ignorantia juris semper nocet, такъ какъ, напр., лицо, нарушившее требованіе закона, которое оно не знало, но которое оно могло узнать, если бы о томъ позаботилось, по первой теоріи отвѣчаетъ за неосторожность, а по второй—за умыселъ [3]).

Другимъ признакомъ неосторожности, отличающимъ ее отъ невмѣняемыхъ, а въ особенности отъ случайныхъ дѣяній, является возможность сознанія учиненнаго и возможность предвидѣнія послѣдствія.

---

1) Особенно подробно останавливаются на изслѣдованіи причинъ неосторожной виновности французскіе криминалисты, которые различаютъ: faute par ignorance, maladresse, impéritie, imprévoyance, imprudence, inattention, insouciance, paresse, pétulance, témérité и пр. Ср. Haus, Principes, № 308. Но весь этотъ перечень не имѣетъ практическаго значенія; въ особенности не надо забывать, что не эти причины сами по себѣ составляютъ неосторожную вину, а она есть продуктъ этихъ причинъ.

2) Поэтому опредѣленіе Liszt'a, § 41, что неосторожнымъ дѣяніемъ должна быть признаваема дѣятельность, не сопровождаемая сознаніемъ ея причинности, когда, однако, такого представленія можно и должно было достигнуть, представляется такъ же неполнымъ, какъ и его опредѣленіе умысла, какъ сознанія причинности дѣйствія и послѣдствія.

3) Только къ этимъ случаямъ можетъ быть примѣняемо опредѣленіе неосторожной вины у Binding'a, что неосторожность есть хотѣніе дѣянія безъ сознанія его противозаконности; распространеніе же этого опредѣленія на всѣ случаи неосторожности возможно только на почвѣ защищаемаго Биндингомъ гартмановскаго ученія о безсознательномъ хотѣніи. Liepmann, Einleitung, стр. 31 и сл., указываетъ, что Биндингъ развиваетъ теорію не Гартмана, а Höring'a, изложенную въ его System der kritischen Philosophie, 1884 г.

Для уразумѣнія этого, еще болѣе важнаго, условія неосторожности необходимо, прежде всего, имѣть въ виду неоднократно уже указанное положеніе, что основою отвѣтственности при неосторожной винѣ является не самый фактъ незнанія и непредвидѣнія, а то поведеніе лица, та его дѣятельность, которою обусловливается вредное послѣдствіе этого незнанія и непредвидѣнія, его неблагоразуміе; поэтому человѣкъ, обращающійся неосторожно съ заряженнымъ ружьемъ, думая, что оно не заряжено, и причиняющій вредъ, отвѣчаетъ не за то, что онъ не зналъ, что ружье заряжено, а за то, что онъ дѣйствовалъ безъ надлежащей внимательности, благодаря чему у него не оказалось необходимыхъ въ данномъ случаѣ свѣдѣній. Въ силу этого, большая степень знаній, даже ихъ спеціальность, не всегда уменьшаетъ шансы отвѣтственности за неосторожность, а иногда даже увеличиваетъ ихъ, расширяя кругъ предъявляемыхъ дѣйствующему требованій.

Но какъ же опредѣлить размѣръ благоразумія, который могъ бы служить основаніемъ уголовной отвѣтственности за неосторожность и, вмѣстѣ съ тѣмъ, быть признакомъ, отграничивающимъ ее отъ случая? Доктрина гражданскаго права, какъ старая, такъ и новая, держится въ этомъ отношеніи объективной мѣрки, установленной еще римскимъ правомъ: это—мѣра благоразумія рачительнаго отца семейства (diligens pater familias, Mustermann), понимая подъ этимъ, разумѣется, не одну общую и неизмѣнную мѣрку благоразумія, во всѣхъ условіяхъ и положеніяхъ дѣйствующаго, но при данной юридической обстановкѣ; степень благоразумія рачительнаго отца семейства будетъ, конечно, иная, когда онъ только защищаетъ свои права, или же когда онъ совершаетъ дѣйствіе, хотя и правомѣрное, но, въ то же время, прямо или косвенно соприкасающееся съ интересами другихъ [1]).

Возможно ли перенесеніе этого принципа и въ уголовное право? Дѣйствительно, мы встрѣчаемъ такую попытку даже у новыхъ криминалистовъ [2]); но съ такимъ положеніемъ трудно согласиться, не только потому, что эта мѣрка имѣетъ только кажущуюся опредѣленность, но и потому, что она не соотвѣтствуетъ общимъ основаніямъ уголовной отвѣтственности. Становясь въ гражданскія правоотношенія къ другимъ, я необходимо разсчитываю на извѣстныя условія ихъ дѣятельности, на ихъ осторожность, знаніе, и горе тому, кто стоитъ ниже этого уровня рачительнаго отца семейства—diligentibus jura sunt scripta; его имущественная отвѣтственность наступаетъ, хотя, можетъ быть, сколько бы разъ онъ ни былъ въ такомъ положеніи, онъ всегда

---

1) Ср. Windscheid, Pandekten, I, § 101, пр. 8; Goudsmit, Cours, стр. 208 и сл.; обстоятельное опредѣленіе понятія о diligens pater familias даетъ Mommsen, Beiträge, стр. 361. Baron, Pandekten, 71, принимаетъ три объективные масштаба: благоразуміе обыкновеннаго человѣка при culpa lata, совершающаго недозволенное дѣяніе при culpa in concreto, и рачительнаго отца семейства—при culpa in abstracto. Германское гражданское уложеніе ставитъ признакомъ «die im Verkehr erforderliche Sorgfalt»; этотъ въ достаточной степени неопредѣленный критерій рекомендуетъ Liepmann, стр. 147, и для уголовнаго права.

2) Bar, Zur Lehre von der culpa, стр. 26 и сл.; Berner, § 71, а также отчасти Liszt, Wahlberg, даже Prins, Science, № 309. Ср. возраженія противъ объективнаго масштаба благоразумія у Binding, Normen, стр. 348, пр. 519; H. Meyer, стр. 188; Hälschner, Geyer. Ср. также Haus, Principes, № 307; Спасовичъ, учебникъ, стр. 151.

поступитъ такъ, а не иначе, такъ какъ таковъ предѣлъ его разумѣнія. Но другое дѣло отвѣтственность уголовная: падая на личность, имѣя въ виду даннаго индивидуума, она должна сообразоваться съ его индивидуальными условіями, его трусливостью, ограниченностью, находчивостью и т. д. [1]). Только въ одномъ случаѣ судъ, при опредѣленіи неосторожной вины, можетъ отправляться отъ объективной мѣрки, когда основою небрежности является отсутствіе знаній и, въ особенности, спеціальныхъ, требуемыхъ тою дѣятельностью или профессіею, которою занимался виновный, такъ какъ тогда объемъ обязательныхъ знаній, конечно, можетъ быть опредѣленъ по объективному масштабу.

Въ этомъ смыслѣ опредѣляетъ неосторожность и наше уголовное уложеніе: виновный не предвидѣлъ преступнаго дѣянія (въ смыслѣ первой статьи), хотя могъ или долженъ былъ оное предвидѣть. Въ поясненіе употребленнаго въ опредѣленіи двойственнаго признака «могъ» и «долженъ» объяснительная записка указываетъ, что наказаніе за небрежность можетъ быть назначаемо или исключительно въ виду отдѣльнаго акта, или по соображенію отношенія этого факта къ спеціальной дѣятельности: лицо, неосторожно обращавшееся съ заряженнымъ ружьемъ, думая, что оно не заряжено, наказывается потому, что оно могло узнать объ этомъ обстоятельствѣ; архитекторъ, у котораго рухнулъ неправильно выстроенный сводъ, наказывается за то, что онъ, принимая руководительство постройкою, долженъ былъ знать, какъ строятъ своды [2]).

Если данное дѣйствіе произвело нѣсколько результатовъ, одинаково не предвидѣнныхъ дѣйствовавшимъ, то для вмѣненія учиненнаго въ неосторожную вину необходимо доказать возможность предвидѣнія по отношенію къ каждому изъ этихъ результатовъ.

Положительно злая воля, выражающаяся въ умыслѣ, сама по себѣ представляетъ опасность для правоваго порядка, а потому проявившій таковую можетъ иногда подлежать отвѣтственности, хотя задуманное имъ и не было довершено: но иначе ставится вопросъ о недостаткѣ благоразумія, опредѣляющемъ бытіе неосторожной вины; сама по себѣ неосторожность не имѣетъ никакого юридическаго значенія; только сдѣлавшись вредоноснымъ или опаснымъ дѣяніемъ, она получаетъ таковое; иногда только благодаря этимъ послѣдствіямъ, мы можемъ даже опредѣлить и самое бытіе такого неблагоразумія. Поэтому, неосторожная вина получаетъ наказуемый характеръ только въ томъ случаѣ, когда она проявилась въ дѣйствительномъ нарушеніи требованій или запретовъ закона, причемъ безразлично, будетъ ли такимъ проявленіемъ самое преступное содѣяніе или бездѣйствіе, или неосторожными будутъ наступившіе преступные результаты: кучеръ, пустившій лошадь въ карьеръ и смявшій прохожаго, отвѣчаетъ не за неосторожную ѣзду, а за неосторожное причиненіе увѣчья или смерти, но только въ томъ случаѣ, если эти послѣдствія дѣйствительно произошли. При этомъ, конечно, въ тѣхъ случаяхъ,

---

1) Kühner, Die Kunstfehler der Aerzte vor dem Forum der Iuristen, 1886; Ortloff, Die strafbare Fahrlässigkeit bei Ausübung der Heilkunst, 1889.

2) Таково господствующее мнѣніе. Ср. Янка, Меркель, Бернеръ, Листъ.

когда виновному вмѣняются вызванныя его неосторожностью послѣдствія, каждый разъ должна быть доказана причинная связь неблагоразумныхъ дѣйствій и преступнаго послѣдствія [1]).

149. Это ограниченіе отвѣтственности за неосторожную вину наводитъ и на другой, столь же важный практически, вопросъ: всѣ ли типы преступныхъ дѣяній допускаютъ двойственную форму виновности—умыселъ и неосторожность?

Съ точки зрѣнія охраны интересовъ, казалось бы, отвѣтъ долженъ быть утвердительный, такъ какъ всякій интересъ можетъ пострадать какъ отъ умышленнаго, такъ и отъ неосторожнаго дѣянія; но разсмотрѣніе законодательныхъ опредѣленій отдѣльныхъ преступныхъ дѣяній указываетъ намъ цѣлый рядъ посягательствъ, которыя, по ихъ конструкціи, исключаютъ возможность неосторожнаго учиненія. Конечно, точное опредѣленіе этихъ дѣяній относится къ особенной части; но нѣкоторыя указанія должны быть сдѣланы и при обрисовкѣ общаго ученія о неосторожной винѣ.

Такъ, сюда относятся тѣ дѣянія, при которыхъ причиненіе вреда извѣстному интересу, даже его уничтоженіе, считается преступнымъ и наказуемымъ только въ томъ случаѣ, когда оно сдѣлано съ особою, въ законѣ указанною цѣлью: какъ, напр., поджогъ собственнаго имущества съ цѣлью получить страховую сумму; поддѣлка метрическаго свидѣтельства съ цѣлью скрыть права состоянія и т. д. Учиненіе подобныхъ дѣяній по неосторожности, конечно, юридически немыслимо.

То же нужно сказать и относительно дѣяній, для состава коихъ хотя и не требуется спеціальная цѣль, но при которыхъ преступность посягательствъ на извѣстный интересъ обусловливается сознательностью дѣйствій, опредѣляющихъ составъ преступнаго дѣянія, какъ, напр., обида, клевета, преступные захваты и т. д.

Наконецъ, къ этой группѣ должны быть отнесены тѣ дѣянія, самый способъ учиненія коихъ предполагаетъ наличность умышленности, таковы: поддѣлка монеты, подлоги, изнасилованіе, бунтъ и т. п.

Такимъ образомъ, съ точки зрѣнія, насъ интересующей, всѣ преступныя посягательства распадаются на двѣ группы: одни, по ихъ составу, всегда предполагаютъ наличность умышленной вины, другія допускаютъ учиненіе ихъ и по умыслу, и по неосторожности. Но и въ этой послѣдней группѣ современныя законодательства и, притомъ, какъ французской, такъ и германской семьи, наказываютъ неосторожность только въ нѣкоторыхъ, особо указанныхъ въ законѣ, случаяхъ, причемъ выборъ этихъ случаевъ представляется крайне разнообразнымъ [2]). Однако, эта система, вполнѣ вѣрная относительно

---

1) Но, конечно, было бы неправильно ограничивать наказуемость неосторожности только причиненіемъ вредныхъ послѣдствій (Liszt, § 29), такъ какъ неосторожная вина возможна и при преступномъ содѣяніи, воспрещенномъ независимо отъ вызванныхъ имъ послѣдствій. Ср. Lucas, стр. 111 и сл.; Bruck, стр. 81 и сл.

2) Бернеръ, § 71, замѣчаетъ, что германскій кодексъ наказываетъ culpa по тремъ основаніямъ: 1) по важности объекта; 2) вслѣдствіе нарушенія виновнымъ особой обязанности; 3) въ большинствѣ полицейскихъ нарушеній; а въ примѣненіи къ трехчленному дѣленію: большею частію при

тяжкихъ преступныхъ дѣяній, не примѣнима къ нарушеніямъ, гдѣ оттѣнки виновности не играютъ особенной роли. На этомъ основаніи, напр., большинство нѣмецкихъ комментаторовъ должны были допустить презумпцію, что при полицейскихъ проступкахъ неосторожность всегда наказуема, хотя на это нѣтъ прямыхъ указаній въ законѣ.

Въ этомъ отношеніи, казалось бы, практичнѣе установить, примѣняясь къ трехчленному дѣленію, принятому во всѣхъ кодексахъ, общее правило, что при преступленіяхъ и проступкахъ неосторожность наказуема, а при нарушеніяхъ не наказуема только въ случаяхъ, особо указанныхъ въ законѣ.

Вмѣстѣ съ тѣмъ, въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ наказуема и неосторожность, за исключеніемъ нарушеній, размѣръ отвѣтственности за неосторожныя дѣянія долженъ быть меньшимъ, такъ какъ самонадѣянность и безпечность не могутъ быть приравнены къ злой волѣ, съ ея разнообразными оттѣнками.

Нашъ сводъ законовъ допускалъ наказуемость неосторожной вины въ двухъ случаяхъ: или на основаніи особыхъ постановленій закона, или же по усмотрѣнію суда, согласно съ обстоятельствомъ дѣла и состояніемъ виновнаго; но уложеніе о наказан. 1845 г. измѣнило эту систему и ст. 110 прямо говорила: «строгость *опредѣленнаго въ законѣ* наказанія за преступленіе, учиненное безъ намѣренія, увеличивается»... Такимъ образомъ, по тексту закона, для наказуемости неосторожности было недостаточно, чтобы дѣяніе вообще было запрещено и неосторожное совершеніе его было возможно, а былъ необходимъ спеціальный запретъ неосторожныхъ поступковъ, какъ таковыхъ [1]).

Нѣсколько иначе рѣшалъ этотъ вопросъ уставъ о наказаніяхъ.

Ст. 9-я устава постановляла: «за проступки, совершенные безъ намѣренія, мировымъ судьямъ предоставляется дѣлать виновнымъ, смотря по обстоятельствамъ, выговоръ, замѣчанія и внушенія. Болѣе строгія наказанія опредѣляются за ненамѣренные проступки только въ слѣдующихъ случаяхъ: 1) когда симъ уставомъ назначено наказаніе именно за неосторожность и 2) когда проступокъ состоитъ въ неисполненіи, по небрежности, какой-либо особой обязанности, возложенной закономъ».

Первая часть этой статьи не содержала никакого опредѣленія неосторожной вины, а давала мировому судьѣ право привлекать къ отвѣтственности за всякій неосторожный поступокъ, причемъ, несмотря на то, что это постановленіе помѣщено въ общей части, уставъ придавалъ ему характеръ спеціальнаго проступка, нарушенія гражданской обязанности быть внимательнымъ, съ самостоятельною санкціею.

Для поясненія возникновенія этого положенія необходимо обратиться къ его исторіи. Въ проектѣ устава было принято, какъ правило, что «проступки, совершенные ненамѣренно, не подлежатъ наказанію», кромѣ двухъ случаевъ, указанныхъ нынѣ въ пунктахъ 2-мъ и 3-мъ ст. 9; «во всѣхъ же прочихъ случаяхъ неосторожности или небрежности, прибавляла статья, мировому судьѣ предоставляется дѣлать виновному внушеніе». Это внушеніе, какъ видно изъ объяснительной записки, не разсматривалось какъ наказаніе, и составители проекта, установляя его, имѣли въ виду, что внушеніе, дѣлаемое виновному лицомъ, избран-

---

нарушеніяхъ, иногда при проступкахъ, никогда при преступленіяхъ. Изъ партикулярныхъ нѣмецкихъ кодексовъ баварское уложеніе 1813 г. держалось иной системы, а именно признавало неосторожность наказуемою при всѣхъ преступныхъ дѣяніяхъ, относительно коихъ законъ не дѣлалъ противоположнаго указанія. Ср. изложеніе этого вопроса у Brück, стр. 34—67. По французскому праву ср. Ortolan Elémenis, № 383; далѣе (№№ 401 и 402) онъ перечисляетъ тѣ случаи, въ которыхъ по французскому праву безусловно требуется для наказуемости наличность намѣренія; по бельгійскому праву— Haus, Principes, № 290. Ср. мой курсъ, II, № 244.

[1]) Ср. Лохвицкій, курсъ, стр. 121.

нымъ всѣми сословіями и пользующимся въ своей мѣстности значительнымъ вѣсомъ, можетъ имѣть очень полезное вліяніе на людей, провинившихся безъ намѣренія, только по неосмотрительности. Такимъ образомъ, эта мѣра имѣла, такъ сказать, педагогическій, а не карательный характеръ, и была разсчитана на ту авторитетную роль, которую, какъ предполагалось, будетъ играть мировой судья въ нашемъ обществѣ. Но при разсмотрѣніи проекта въ соединенныхъ департаментахъ Государственнаго Совѣта, послѣдній, основываясь на томъ, что, по «основнымъ положеніямъ», мировому судьѣ предоставлено право дѣлать не только внушенія, но и выговоры и замѣчанія, нашелъ необходимымъ дополнить въ этомъ смыслѣ и данную статью. Государственный Совѣтъ не обратилъ вниманія на то, что чрезъ это произошло не только измѣненіе редакціи, но и существа даннаго постановленія, такъ какъ эта трехчленная мѣра взысканія, согласно 1 ст. устава о наказ. и 33 ст. устава угол. суд., является уже низшимъ родомъ наказаній, налагаемыхъ мировыми судьями, а не педагогическимъ внушеніемъ, что еще болѣе подтверждается дальнѣйшимъ выраженіемъ статьи 9-й «болѣе строгія наказанія опредѣляются».

На этомъ основаніи, представлялось весьма важнымъ съ точностью опредѣлить, при какихъ условіяхъ каждый могъ быть за сдѣланную имъ неосторожность привлеченъ къ уголовной отвѣтственности и подвергнутъ наказанію, со всѣми его невыгодными послѣдствіями для наказаннаго [1]).

Во-1-хъ, статья 9-я говорила только о «проступкахъ», учиненныхъ безъ намѣренія; поэтому, какъ неоднократно разъяснялъ угол. кассац. депар., судъ, примѣняя ст. 9, обязанъ былъ указать, подъ какую статью закона подходилъ бы учиненный виновнымъ проступокъ, если бы былъ учиненъ умышленно [2]).

Во-2-хъ, первая часть статьи 9 не могла быть примѣнена къ тѣмъ проступкамъ, за неосторожное учиненіе коихъ установлена особая отвѣтственность въ уставѣ о наказаніяхъ [3]).

Въ-3-хъ, постановленія 1 части статьи 9 не могли быть примѣнимы къ неосторожному учиненію тѣхъ проступковъ, которые предусмотрѣны не въ уставѣ и не подлежали вѣдѣнію мировыхъ судей. Такимъ образомъ, напр., хотя умышленное пролитіе Св. Даровъ составляло преступное надругательство надъ святынею (ст. 210 улож.), но пролитіе кѣмъ либо ихъ по неосторожности не давало права мировому судьѣ привлечь виновнаго къ отвѣтственности по 1 части ст. 9; то же нужно сказать объ истребленіи или поврежденіи по неосторожности публично выставленнаго бюста или портрета государя, о неосторожномъ лишеніи матерью жизни ея новорожденнаго, незаконнорожденнаго ребенка и т. д.

Въ-4-хъ, постановленія 1 части статьи 9 не могли быть примѣнимы ко всѣмъ тѣмъ преступнымъ дѣяніямъ, въ коихъ самая преступность зависѣла только отъ наличности злой воли, отъ умысла, причемъ безразлично, вытекало ли это условіе изъ существа самыхъ нарушеній или изъ прямыхъ указаній закона. Къ сожалѣнію, практика нашего угол. кассац. депар. игнорировала это условіе, а потому, по отношенію къ нѣкоторымъ преступнымъ дѣяніямъ, Сенатъ приходилъ къ выводамъ и противорѣчивымъ, и практически совершенно несостоятельнымъ.

Таковы, напр., разъясненія Сената о примѣненіи 1 части статьи 9 къ неосторожнымъ оскорбленіямъ, дававшія возможность возбуждать въ уголовномъ порядкѣ преслѣдованіе по поводу всякаго необдуманно сказаннаго выраженія, всякой шутки, за которую обидѣлся тотъ, по поводу коего она была сдѣлана [4]). Еще неудачнѣе была попытка признать возмож-

---

1) Подробный разборъ этого вопроса сдѣланъ мною въ курсѣ II, № 255 и сл.; практика Сената приведена въ моемъ изданіи устава о наказ., подъ ст. 9.

2) Это правило окончательно установлено въ рѣшеніяхъ 1869 г., № 323, по дѣлу Мерперта и въ 1870 г., № 717, по дѣлу крестьянъ деревни Голодаевки; прежде и кассац. депар. колебался относительно этого условія. Ср. мой курсъ, II, № 255, пр. 258.

3) Ср. рѣшеніе Сената 1867 г., № 111, по дѣлу Абидаровой.

4) Ср. примѣры изъ практики Сената и основывающейся на ней практики низшихъ судебныхъ мѣстъ, въ особенности въ рѣшеніяхъ по дѣламъ: Горелина (68/139), Воронова (69/82), Минѣева (71/67) и др. Въ то же время, въ рѣшеніяхъ по дѣламъ Стишова (69/856) и Цилюрика (71/978) Сенатъ выставилъ другое положеніе, что обиды всегда предполагаютъ наличность намѣренія.

ность примѣненія ст. 9 къ случаямъ неосторожной растраты, присвоенія, пользованія чужимъ имуществомъ, или кражи; уголов. кассац. депар., давая такое разъясненіе, не замѣтилъ, что такимъ образомъ онъ допустилъ возможность уголовнаго преслѣдованія всякаго, надѣвшаго чужую шубу или галоши [1]).

Что же касается обоихъ пунктовъ 2 части статьи 9, то ихъ примѣненіе не встрѣчало затрудненій. Къ случаямъ, соотвѣтствующимъ первому пункту, относились дѣянія, предусмотрѣнныя ст. 98, 128, 129, а пунктъ 2-й, какъ указываютъ и объясненія составителей, имѣлъ въ виду тѣ формальныя нарушенія, въ которыхъ не придавалось значенія оттѣнкамъ виновности, а мѣра наказанія опредѣлялась преимущественно по объективнымъ условіямъ. Такія обязанности могли возникать или изъ общественнаго положенія лица, свойства его занятій, дѣятельности, каковы, напр., случаи отвѣтственности домохозяевъ, владѣльцевъ недвижимости; или же онѣ спеціально налагались на данное лицо, напр., полиціею въ предѣлахъ ея компетентности; или, наконецъ, онѣ возникали изъ извѣстныхъ дѣйствій лица: какова, напр., обязанность осмотрительной ѣзды, осмотрительнаго выставленія на окна тяжестей и т. д. Во всѣхъ этихъ случаяхъ неосторожная виновность подводилась подъ тѣ же постановленія, какъ и умышленная, и выборъ наказанія по данной статьѣ вполнѣ зависѣлъ отъ усмотрѣнія судьи.

Уголовное уложеніе приняло такую постановку вопроса, что тяжкія преступленія наказываются лишь при наличности вины умышленной, т. е. дѣянія, учиненныя по неосторожности, ни въ какомъ случаѣ не могутъ быть тяжкими преступленіями и, слѣдовательно, наказываться смертною казнью, каторгою, или поселеніемъ; преступленія также по общему правилу предполагаютъ наличность умысла; но могутъ быть, однако, и преступленія, въ силу особаго указанія закона представляющія проявленіе неосторожности, какъ, напр., неосторожное лишеніе жизни, поджогъ; наконецъ, всѣ проступки наказываются какъ при наличности умысла, такъ и при неосторожности, если только законъ не сдѣлалъ въ этомъ отношеніи какихъ либо исключеній; тамъ, гдѣ одно общее постановленіе объемлетъ и умышленную, и неосторожную вину, различеніе ихъ по наказуемости будетъ вполнѣ зависѣть отъ усмотрѣнія судьи [2]).

150. Конечно, вина неосторожная, какъ и умыселъ, имѣетъ оттѣнки, виды, причемъ и относительно ея существуетъ нѣсколько попытокъ дѣленія.

Первое и самое главное дѣленіе основывается на двойственности границъ, отдѣляющихъ неосторожность отъ вины умышленной. Первымъ видомъ является несознаваемая неосторожность, безпечность (unbewusste culpa, Fahrlässigkeit, faute sans prévoyance, negligentia), а вторымъ—неосторожность сознаваемая, самонадѣянность (bewusste culpa, Frevelhaftigkeit, faute avec prévoyance, luxuria), когда дѣйствующій сознавалъ, что изъ его дѣянія можетъ произойти правонарушеніе, но сознавалъ это отвлеченно, а не въ примѣненіи къ даннымъ конкретнымъ обстоятельствамъ, и не только не же-

---

1) Таковы разъясненія относительно растраты по дѣламъ: Маркова (67/111), Іевлева (69/507), Климашевской (70/707), Щербаковой (71/1710), а относительно кражи — по дѣлу Андреянова (72/1196). Нельзя, впрочемъ, не прибавить, что есть и противоположныя рѣшенія по дѣламъ Мерперта (69/323), Жукова (69/357), а въ особенности позднѣйшія: Федорова (76/43), о пастьбѣ въ Яндошевской рощѣ (76/72).

2) Подобная же система усвоена проектомъ норвежскаго уголовнаго уложенія.

лалъ, но и не допускалъ возможности наступленія правонарушенія, надѣясь его избѣгнуть [1]).

Это различіе безпечности и самонадѣянности имѣетъ несомнѣнное значеніе для выясненія понятія элементовъ виновности, но не представляетъ особенно существеннаго значенія для наказуемости, такъ какъ легко себѣ представить случаи безпечности, невнимательности, въ которыхъ заключается бо́льшая опасность и виновность, чѣмъ въ преувеличенной надеждѣ на свою силу и ловкость.

Уложеніе о наказ. 1 45 г. ничего не говорило объ этомъ дѣленіи, но, сопоставляя опредѣленіе неосторожности и умысла, въ особенности непрямаго, нужно было придти къ тому выводу, что случаи самонадѣянности должны были быть подводимы подъ ст. 110 [2]).

Въ дѣйствующемъ уложеніи это различіе двухъ видовъ неосторожности внесено въ самый текстъ. По поводу преступной самонадѣянности, примыкающей къ умыслу непрямому, въ объяснительной запискѣ указано: «этотъ видъ неосторожности можетъ имѣть значеніе только при тѣхъ содѣяніяхъ или бездѣйствіи, для преступности коихъ требуется наличность извѣстнаго послѣдствія; тамъ же, гдѣ воспрещается самое содѣяніе или бездѣйствіе, практически возможны только или прямое желаніе ихъ учиненія, или непредвидѣніе ихъ наступленія. Границы между непрямымъ умысломъ и самонадѣянностью, конечно, могутъ быть устанавливаемы судомъ, по обстоятельствамъ каждаго отдѣльнаго случая; но для признанія наличности перваго необходимо, чтобы виновный допускалъ, что преступное послѣдствіе произойдетъ и безразлично относился къ этому, а для второй, чтобы виновный полагалъ, что наступленіе послѣдствія будетъ устранено его собственною дѣятельностью или какими либо иными, благопріятными для сего условіями».

Другое дѣленіе, нѣкогда господствовавшее въ доктринѣ, а отчасти и въ кодексахъ, основывается на степени небрежности и легкомыслія. Мѣра неблагоразумія, проявленная, при одинаковыхъ условіяхъ, человѣкомъ опытнымъ, спеціалистомъ, или же новичкомъ, лицомъ увлекающимся, будетъ неодинакова; неблагоразуміе человѣка, пустившаго лошадь въ карьеръ по многолюдной улицѣ, въ разгаръ движенія, и лица, проскакавшаго по улицѣ сравнительно пустынной, будетъ весьма различно. Такихъ оттѣнковъ проявленнаго неблагоразумія можетъ быть весьма много, такъ какъ степень неблагоразумія видоизмѣняется не качественно, а количественно, а потому и степеней неосторожности можетъ быть и три, и четыре, и болѣе: culpa lata, latior, latissima, levis, levior, levissima [3]). Но этотъ признакъ дѣленія

---

1) Исторія этого дѣленія подробно изложена у Кестлина, стр. 184; Haus, №№ 309 и 310. Ср. Wächter, Deutsches Strafrecht, стр. 162; Janka, Finger. Противъ дѣленія Liszt, § 41.

2) Ср. доказательства въ моемъ курсѣ, II, № 249, а также и въ статьѣ И. Фойницкаго, въ судебн. вѣстн. за 1870 г., № 51.

3) Ср. мой курсъ, II, № 245, пр. 238. Баварское уложеніе 1813 г. дѣлило неосторожность на тяжкую и легкую; въ первой различало 7, а во второй 4 вида; Carrara въ своей программѣ, § 88, такъ обосновываетъ тройственное дѣленіе неосторожности: тяжкая, когда преступное послѣдствіе могъ предвидѣть всякій; легкая, когда его могъ предвидѣть человѣкъ внимательный, и легчайшая, когда могъ предвидѣть только человѣкъ съ чрезвычайными способностями; послѣдній случай онъ при-

представляется крайне шаткимъ, такъ какъ степень неблагоразумія можетъ быть установлена только путемъ сравненія двухъ или нѣсколькихъ фактовъ. Оттого мы и видимъ, что писатели, защищавшіе это дѣленіе, не были въ состояніи дать опредѣленіе каждаго вида въ отдѣльности, а въ примѣрахъ, приводимыхъ ими, оказывалось полное разногласіе, такъ что то, что у одного приводилось какъ примѣръ culpa levis, у другаго считалось за culpa levissima и т. п.

Поэтому современная доктрина и кодексы отказались отъ этого дѣленія, предоставивъ вполнѣ оцѣнку степени небрежности судьѣ, въ общихъ предѣлахъ наказуемости неосторожности [1]).

Третье дѣленіе неосторожной виновности основывается на юридической характеристикѣ дѣяній, ее вызвавшихъ, причемъ и въ этомъ отношеніи различаютъ два оттѣнка.

Во-1-хъ, различаютъ неосторожность, бывшую послѣдствіемъ дѣяній дозволенныхъ или запрещенныхъ, и притомъ, въ послѣднемъ случаѣ, или нарушеній или преступленій [2]). Этому дѣленію, конечно, нельзя отказать въ опредѣленности, но за то оно представляется совершенно неосновательнымъ, особенно, если ставить его въ соотношеніе съ наказуемостью или съ размѣрами наказуемости неосторожности. Оно покоится на томъ предположеніи, что человѣкъ, совершающій что-либо недозволенное, долженъ относиться сравнительно съ большею внимательностью и осторожностью къ своей дѣятельности; но самое это предположеніе ни на чемъ не основано и противорѣчитъ жизненному опыту. Вмѣстѣ съ тѣмъ, усвоеніе этого взгляда легко можетъ привести къ презумпціи виновности, какъ это мы и видимъ, напр., въ уложеніи 1845 г. въ постановленіяхъ его о тѣлесныхъ поврежденіяхъ.

Во-2-хъ, различаютъ неосторожность по общественному и государственному положенію виновнаго. Такъ, выдѣляютъ, какъ квалифицированный видъ неосторожной вины, тѣ случаи, когда лицо, по своему государственному или общественному положенію, должно было дѣйствовать съ особенною осмотрительностью: таковы случаи усиленія отвѣтственности за небрежность машиниста, архитектора, врача [3]). На этомъ же началѣ основывается выдѣленіе, какъ привилегированной формы неосторожности, тѣхъ случаевъ, когда она была послѣдствіемъ дѣйствія лицъ, исполнявшихъ свои обязанности и

знаетъ ненаказуемымъ. Такое же различіе встрѣчается у нѣкоторыхъ французскихъ криминалистовъ напр., у Molinier, стр. 106: la faute lourde, faute moyenne, faute très légere.

1) Въ этомъ отношеніи не можетъ служить подкрѣпленіемъ дѣленіе неосторожности въ гражданскомъ правѣ на culpa lata и levis, такъ какъ оно покоится на совершенно иныхъ основаніяхъ. Ср. курсъ, II, пр. 239.

2) А. Кистяковскій различаетъ неосторожность, бывшую послѣдствіемъ дозволенныхъ, опасныхъ и преступныхъ дѣяній; онъ придаетъ этому дѣленію существенное значеніе, основываясь, главнымъ образомъ, на оставленномъ имъ, впрочемъ, безъ всякихъ доказательствъ положеніи, что преступное дѣяніе никогда не можетъ имѣть случайныхъ послѣдствій.

3) Такъ, германское уложеніе (§§ 222, 230 Abs 2) усиливаетъ отвѣтственность за неосторожность, если дѣйствующій былъ обязанъ къ особой внимательности въ силу своего положенія (Amtes, Berufes oder Gewerbes). О спеціальномъ случаѣ отвѣтственности врачей ср. мое изслѣдованіе о преступленіяхъ противъ жизни, I, № 34.

только перешедшихъ предѣлы этихъ обязанностей, напр., причиненіе вреда при переступленіи предѣловъ дисциплинарной власти.

Уложеніе о наказ. 1845 г. пыталось соединить оба основанія, а потому его система и отличается полнѣйшею запутанностью.

Редакторы уложенія, какъ видно изъ объясненій къ ст. 7 проекта, предполагали различать два вида неосторожности: болѣе тяжкую неосторожность, когда дѣяніе, коего послѣдствіемъ было преступленіе, само по себѣ противозаконно, или когда учинившій, по званію своему или обстоятельствамъ, былъ обязанъ дѣйствовать осмотрительнѣе, и менѣе тяжкую, когда дѣяніе было непротивозаконное или когда виновный увлекся излишнею въ исполненіи обязанностей ревностью. Но въ текстѣ закона оказалось тройное дѣленіе неосторожности, а именно (ст. 110), различеніе вины тяжкой, средней и легкой: 1) тяжкая, когда виновный долженъ былъ дѣйствовать съ особою осмотрительностью или по званію своему, или по обстоятельствамъ, при которыхъ онъ дѣйствовалъ; 2) легкая неосторожность: а) когда дѣяніе было, по существу своему, непротивозаконное, а вредныя онаго послѣдствія не могли быть легко предвидимы, и б) когда виновный увлекся излишнею при исполненіи обязанностей ревностью; 3) средняя неосторожность, хотя прямо въ законѣ не указанная, но вытекающая изъ сопоставленія понятій о тяжкой и легкой неосторожности, когда неосторожность была послѣдствіемъ: а) дѣянія противозаконнаго, безотносительно къ тому, были ли послѣдствія трудно или легко предвидимы, или б) дѣянія непротивозаконнаго, если его послѣдствія были трудно предвидимы. Впрочемъ, всѣ эти различные типы имѣли только характеръ примѣровъ, такъ какъ ст. 110 не содержала никакихъ опредѣленныхъ указаній относительно вліянія всѣхъ этихъ оттѣнковъ на степень отвѣтственности. Только въ видѣ исключенія, по послѣдней части ст. 110, за неосторожность, отъ коей нельзя было ожидать и предполагать вредныхъ послѣдствій, дѣлалось внушеніе. Сверхъ сего, совершенно особыя дѣленія неосторожной вины содержались въ особенной части, напр., при убійствѣ (ст. 1459, 1466, 1468), при поврежденіи здоровья (ст. 1494, ст. 128 уст. о наказ.); а законъ 25 Января 1878 г. о желѣзнодорожныхъ поврежденіяхъ различалъ неосторожность простую и явную, предоставляя установленіе границъ между ними суду, рѣшающему дѣло по существу.

Уголовное уложеніе это различіе, въ виду его практической непригодности, не приняло.

151. *Смѣшанная виновность.* Простѣйшею формою преступныхъ дѣяній будетъ та, въ коей содѣянное является воплощеніемъ какого-либо единичнаго типа виновности—умысла или неосторожности; но въ жизни мы встрѣчаемся и съ осложненными типами, когда преступное событіе является воплощеніемъ двухъ или болѣе умысловъ, двухъ или болѣе неосторожностей (изнасилованіе женщины, приведенной въ обморочное состояніе побоями насилующаго, учиненіе по неосторожности пожара дома, въ коемъ сгорѣло нѣсколько человѣкъ), или же умысла и неосторожности. Послѣдніе случаи, представ-

ляющіе нѣсколько оттѣнковъ, даютъ содержаніе ученію о такъ называемой смѣшанной виновности.

Смѣшанная виновность можетъ возникнуть, прежде всего, при учиненіи двухъ самостоятельныхъ поступковъ, связанныхъ между собою тѣмъ, что возникновеніе одного обусловливается предшествовавшимъ бытіемъ другаго, какъ, напр., неосторожный поджогъ дома ночнымъ воромъ, причемъ иногда возможенъ и обратный порядокъ виновности, какъ, напр., ограбленіе лица, лишеннаго по неосторожности жизни.

Далѣе, такая смѣшанная виновность возможна при распространеніи послѣдствій преступнаго дѣянія на большее, чѣмъ предполагалось, число объектовъ, напр., умышленное убійство кого-либо, повлекшее, неожиданно для убійцы, смерть третьяго лица.

Третью категорію составитъ развитіе преступныхъ послѣдствій далѣе предположеній виновнаго, если только эти послѣдствія не были предвидѣны и допускаемы виновнымъ, т. е. не входили въ понятіе непрямаго умысла: таково, напр., нанесеніе легкихъ тѣлесныхъ поврежденій, развившихся въ тяжкое тѣлесное страданіе.

Простѣйшимъ рѣшеніемъ вопроса было бы признаніе въ этихъ случаяхъ совокупности умышленной и неосторожной вины; но трудность разграниченія такихъ осложненныхъ дѣяній, въ особенности третьяго типа, отъ дѣйствительно существующаго, хотя и недоказаннаго, умысла на одно важнѣйшее преступное дѣяніе, побуждаетъ иногда законодательства прибѣгать къ созданію изъ нихъ особыхъ квалифицированныхъ видовъ преступныхъ дѣяній, а въ доктринѣ даже вызывала ученіе объ особомъ видѣ виновности; таково, напр., было извѣстное ученіе Фейербаха о culpa dolo determinata, относимой имъ къ тягчайшимъ случаямъ неосторожности; впрочемъ, позднѣе и самъ Фейербахъ отказался отъ этого построенія, примѣняя и въ этихъ случаяхъ правила объ идеальной совокупности [1]).

Къ смѣшанной виновности относятся и случаи выполненія дѣянія не надъ предполагаемымъ объектомъ, распадающіеся на двѣ группы по причинамъ этой невѣрности выполненія, а именно: измѣненіе направленія дѣйствія по причинамъ физическимъ, въ силу ошибочности дѣйствія (aberratio delicti seu aberratio ictus), и измѣненіе направленія дѣйствія по причинамъ психическимъ, по ошибкѣ въ объектѣ (error in objecto) [2]). Всего чаще, конечно, случаи этого рода встрѣчаются въ личныхъ преступленіяхъ, въ особенности при посягательствахъ на жизнь, почему и все ученіе прежде разсматривалось

---

1) Ср. Geib, II, стр. 268; Osenbrüggen, Abhandlungen, стр. 180—190; Köstlin, System, стр. 204 и сл. Спасовичъ, стр. 161, называетъ ее culpa dolo admixta, а комментаторъ Фейербаха, Морштадтъ говоритъ, что это «умыселъ, чреватый неосторожностью».

2) Ср. литературныя указанія въ моемъ курсѣ, II, № 261, прим. 275, а также вышеприведенную литературу о невѣдѣніи и заблужденіи. Изъ спеціальныхъ монографій можно указать: Geib, Ueber den Einfluss des Irrthums in Bezug auf das Object im Strafrechte, въ архивѣ за 1837 г., стр. 561—586 и 1838 г., стр. 36—61; Pfotenhauer, Der Einfluss des Jrrthums und der sogenannten Verirrung auf die Strafbarkeit vollendeter Verbrechen, 1839 г.; въ дополненіе къ этому изслѣдованію его же статья въ G. за 1861 г., стр. 253—297; Gessler, Zur Lehre von den Aberrationsfallen въ G. за 1863 г.; Верещагинъ, Ошибки въ предметѣ преступленія, Ю. В. 1889 стр. 403 и сл.

*

при изложеніи ученія объ убійствѣ; но несомнѣнно, что подобныя же комбинаціи могутъ встрѣчаться и при другихъ преступныхъ дѣяніяхъ, въ особенности при имущественныхъ посягательствахъ.

Прежняя доктрина разсматривала оба вида такой ошибки совмѣстно, прилагая къ обоимъ одинъ и тотъ же масштабъ; такая постановка находитъ и нынѣ отдѣльныхъ защитниковъ между криминалистами, какъ, напр., въ Германіи—Бури, Листъ, но такое рѣшеніе вопроса едва ли правильно, какъ можно видѣть изъ дальнѣйшаго подробнаго разбора этихъ случаевъ.

При отклоненіи физическомъ мы предполагаемъ наличность слѣдующихъ условій: виновный составилъ преступный умыселъ и приводитъ его въ исполненіе; но въ моментъ осуществленія, по причинамъ, внѣ воли виновнаго лежащимъ, вредъ причиняется не предполагаемому, а какому-либо иному правоохраненному объекту: стрѣлявшій въ жертву поскользнулся и пуля, отклонившись въ сторону, попала въ третье лицо; ружье въ моментъ выстрѣла разорвало и, благодаря этому, былъ убитъ человѣкъ, стоявшій рядомъ съ стрѣлявшимъ; въ тотъ моментъ, когда отравитель подалъ отравленный кофе жертвѣ, третье лицо, не подозрѣвая отравы, взяло чашку и выпило содержимое, или эту чашку передала ему сама жертва и т. д. При этомъ вредъ, причиненный этому не предполагаемому объекту, можетъ быть тождественъ съ вредомъ умышленнымъ—смерть за смерть, или можетъ различаться отъ него количественно—увѣчье вмѣсто смерти, или даже качественно—пожаръ вмѣсто убійства. Во всѣхъ этихъ случаяхъ выполненное не соотвѣтствуетъ предполагаемому, но въ то же время здѣсь нѣтъ ни заблужденія, ни невѣдѣнія, а существуетъ отклоненіе дѣйствія по обстоятельствамъ, внѣ воли виновнаго лежащимъ [1]).

Какъ же разрѣшаются случаи этого рода? На это мы находимъ два отвѣта. Одни разсматриваютъ все дѣяніе, какъ единое цѣлое, основываясь на томъ, что мы имѣемъ всѣ элементы преступнаго дѣянія: преступную волю и причиненный вредъ; замѣна же при этомъ одного объекта другимъ, также правоохраненнымъ, не можетъ имѣть значенія. Такое рѣшеніе давали криминалисты XVII и XVIII вѣковъ; оно находитъ много защитниковъ и нынѣ [2]).

Но подкупающая простота этого взгляда не замѣняетъ цѣлаго ряда практическихъ затрудненій, вызываемыхъ такою постановкою. Виновный отвѣчаетъ какъ за единое преступное дѣяніе, но за какое: за учиненное или за задуманное? Хорошо, если они окажутся совершенно тождественны по составу, но какъ быть, если они различаются другъ отъ друга и притомъ въ существенныхъ моментахъ? Если мы будемъ вмѣнять содѣянное, то мы будемъ вмѣнять въ умыселъ такіе моменты учиненнаго, которые не были и не могли быть даже предполагаемы виновнымъ: сынъ, по уговору съ отцомъ, стрѣлялъ въ семейнаго врага, ружье разорвало и убило стоящаго близъ стрѣлявшаго

---

1) См. практическіе примѣры въ архивѣ Гольтдаммера, I, стр. 707; III, стр. 105.

2) Такую теорію защищаютъ: Pfotenhauer, Henke, Schaper въ учебникѣ Гольцендорфа, Köstlin, стр. 198, хотя онъ не проводитъ своего взгляда послѣдовательно; Wächter, Vorlesungen, стр. 237; Buri, Kausalität; изъ нашихъ криминалистовъ, повидимому, Кистяковскій, § 193; иначе въ § 195 Такой взглядъ высказанъ французскимъ кассаціоннымъ судомъ въ рѣшеніи 12 Іюня 1879 г., но спеціально по вопросу объ убійствѣ. Ср. Molinier, I ,стр. 109; анализъ случаевъ этого рода у него же стр. 212.

его отца; будемъ ли мы обвинять стрѣлявшаго въ умышленномъ отцеубійствѣ?

Еще болѣе затрудненій представитъ противоположная постановка вопроса: виновный стрѣлялъ въ своего отца, но поскользнулся и пуля убила посторонняго человѣка; будетъ ли виновный отвѣчать за оконченное отцеубійство, хотя самъ же, напр., отецъ присутствуетъ на судѣ въ качествѣ свидѣтеля, и какъ быть, если отклонившаяся пуля попала въ чужую корову или собаку? Далѣе, представимъ себѣ, что кто-нибудь бросалъ какую-либо вещь въ другаго, тотъ успѣлъ уклониться и брошенный предметъ попалъ въ другое лицо, можетъ быть, въ жену или сына бросившаго; будемъ ли мы, тѣмъ не менѣе, признавать бросившаго виновнымъ въ нанесеніи удара или въ насиліи по отношенію къ первому, а не ко второму объекту, и только за первымъ признаемъ право частной жалобы?

Другіе разсматриваютъ учиненное и задуманное отдѣльно, по отношенію къ объекту предполагаемому и къ объекту пострадавшему [1]).

По отношенію къ первому, виновный не только составилъ преступный планъ, запасся необходимыми средствами, поставилъ себя въ такое положеніе, при которомъ явилось возможнымъ осуществленіе задуманнаго, но и началъ осуществлять свой умыселъ—выстрѣлилъ, подалъ ядъ и т. д.; если зло и не воспослѣдовало, то лишь по обстоятельствамъ, отъ воли виновнаго не зависѣвшимъ; поэтому его дѣяніе вполнѣ подходитъ подъ понятіе оконченнаго покушенія.

Сложнѣе является вопросъ по отношенію къ дѣйствительно пострадавшему. Съ объективной стороны, наступившій вредъ находится несомнѣнно въ связи съ дѣйствіями виновнаго лица, а потому учиненное есть оконченное преступное дѣяніе; но со стороны субъективной, въ такихъ случаяхъ можетъ быть нѣсколько оттѣнковъ. Вредъ, дѣйствительно наступившій, входилъ въ первоначальный умыселъ, когда отъ задуманнаго дѣянія должно было, напр., пострадать послѣдовательно нѣсколько правоохраненныхъ интересовъ, или когда виновный не только предвидѣлъ возможность отклоненія и причиненія вреда другому, но и допускалъ этотъ вредъ, безразлично къ нему относился; тогда учиненное будетъ умышленнымъ преступнымъ дѣяніемъ. Или виновный, предвидя возможность отклоненія преступнаго удара, въ данномъ случаѣ предполагалъ устранить это послѣдствіе, или же онъ и вовсе не предвидѣлъ этой опасности, хотя могъ и долженъ былъ предвидѣть; тогда учиненное вмѣняется въ вину неосторожную. Наконецъ, если, по обстоятельствамъ дѣла, виновный не только не предвидѣлъ случившагося, но и не могъ предвидѣть, то совершившееся будетъ случайнымъ и невмѣняемымъ въ вину событіемъ.

Такимъ образомъ, по этому, наиболѣе правильному мнѣнію, разсматриваемые случаи сводятся къ понятію совокупности оконченнаго покушенія на умышленное дѣяніе и умышленнаго, неосторожнаго или случайнаго причиненія вреда дѣйствительно пострадавшему. При этомъ каждое изъ этихъ дѣяній должно разсматриваться и наказываться, какъ самостоятельное юридическое дѣяніе, со всѣми присущими ему моментами.

---

[1]) Такое воззрѣніе защищаютъ: Geib, въ архивѣ, стр. 45; Heffter, Geyer, Gessler, Hälschner, Häberlin, Bar, Bruck, Berner, H. Meyer, Janka; изъ нашихъ криминалистовъ—Будзинскій, Начала, № 124; Неклюдовъ.

Иную конструкцію представляетъ ошибка въ объектѣ. Виновный задумалъ преступное дѣяніе и выполняетъ задуманное согласно предположеніямъ, но, въ моментъ дѣйствія, ошибочно принимаетъ за предполагаемый объектъ другой; виновный задумалъ убить кого-либо, поджидаетъ его въ засадѣ, стрѣляетъ въ него, но оказывается, что онъ принялъ за него другаго, убилъ своего друга, родственника; или должникъ выхватилъ изъ рукъ кредитора вексель и изорвалъ его, думая, что уничтожаетъ свой долговой документъ, а оказалось, что онъ уничтожилъ чужой вексель, или даже какую-либо, не имѣющую юридически никакого значенія бумагу. Выполненное не соотвѣтствуетъ предположенному и притомъ въ силу заблужденія учинившаго относительно фактическихъ условій дѣятельности, а именно, относительно объекта.

Какъ же рѣшаются подобные случаи? И въ этомъ отношеніи мы встрѣчаемъ тѣ же двѣ попытки, какъ и относительно aberratio delicti.

Такъ, можно разсматривать эти случаи, какъ единое преступное дѣяніе, и притомъ, именно, какъ первоначально задуманное. Но это мнѣніе, несмотря на большое число защитниковъ [1]), вызываетъ тѣ же возраженія, какія были приведены выше относительно aberratio, или же придется сдѣлать такъ много отступленій, что они расшатаютъ общее правило: виновный предположилъ изнасиловать близкую родственницу, но ошибся въ объектѣ и изнасиловалъ постороннюю; можемъ ли мы тѣмъ не менѣе наказать его, какъ за изнасилованіе, соединенное съ кровосмѣшеніемъ?

Несравненно проще становится вопросъ, если мы и здѣсь будемъ разсматривать дѣяніе отдѣльно по отношенію къ каждому объекту.

По отношенію къ тому объекту, противъ коего задумано преступное дѣяніе, со стороны виновнаго былъ составленъ преступный умыселъ, быть можетъ, были сдѣланы приготовленія; но самаго посягательства не состоялось, такъ какъ преступная воля осуществлялась по отношенію къ другому объекту, такъ что съ точки зрѣнія перваго объекта въ данномъ дѣяніи существуетъ обнаруженіе умысла, приготовленіе, но не болѣе.

По отношенію ко второму объекту, не только существуетъ причинная связь дѣйствія и вреда, объективная виновность, но и виновность субъективная; то, что совершилось, нельзя назвать ни случайнымъ, ни даже неосторожнымъ, такъ какъ виновный сознательно и волимо направлялъ свои дѣйствія на тотъ объектъ, который и пострадалъ отъ этого; онъ сознательно направилъ смертельный ударъ на человѣка, который и оказался убитымъ; поэтому его дѣйствіе по отношенію ко второму объекту заключаетъ въ себѣ всѣ элементы прямаго умысла.

Противъ этого обыкновенно возражаютъ, что, однако, виновный не желалъ убить данное лицо, или истребить данную вещь, что въ его сознаніи сравнительно съ дѣйствительностью заключается несомнѣнная ошибка; но эта ошибка и должна быть принята во вниманіе, насколько она относится къ обстоятельствамъ, опредѣляющимъ преступность или квалификацію дѣянія.

---

1) За это мнѣніе высказываются всѣ тѣ писатели, которые защищаютъ подобное же воззрѣніе и при aberratio, а сверхъ того и нѣкоторые изъ сторонниковъ примѣненія къ aberratio правилъ о совокупности, какъ Бернеръ, Гельшнеръ, Гесслеръ, Г. Мейеръ, Брукъ.

Такимъ образомъ, если кто-нибудь думалъ истребить свою вещь, но, по ошибкѣ, взялъ и истребилъ, вмѣсто своей, чужую вещь, то онъ умышленно совершилъ истребленіе своей вещи, но не учинилъ умышленнаго преступнаго дѣянія.

Иначе ставится вопросъ, когда не только самый первоначальный умыселъ предполагается преступнымъ, но и его выполненіе, тогда и оно, хотя и является не соотвѣтствующимъ первоначальному замыслу, однако, не теряетъ характера умышленнаго дѣянія. Виновный задумалъ убить лицо А., а вмѣсто него убилъ лицо Б.; его ошибка съ объективной стороны относится къ такимъ индивидуальнымъ признакамъ объекта—имя, возрастъ, общественное положеніе лица, которые при убійствѣ, какъ при посягательствѣ на жизнь всякаго лица, никакого значенія не имѣютъ; со стороны же субъективной, его ошибка относится къ мотивамъ дѣйствія, которые, опять-таки, при родовомъ понятіи убійства, не играютъ никакой роли. Другое дѣло, если, благодаря замѣнѣ объекта, учиненное перейдетъ въ другую категорію преступныхъ дѣяній,—тогда содѣянное, оставаясь умышленнымъ, становится иначе преступнымъ. Если виновный по ошибкѣ принялъ за свою жертву не другое лицо, а корову или статую, то онъ отвѣчаетъ не за умышленное убійство, а за умышленное поврежденіе чужаго имущества; если же эта корова или статуя была его собственность, то учиненное имъ истребленіе вещи, какъ замѣчено выше, будетъ совершенно непреступнымъ дѣяніемъ.

Такимъ образомъ, и при ошибкѣ въ объектѣ мы имѣемъ дѣло съ совокупностью обнаруженія умысла или приготовленія по отношенію къ первому объекту и оконченнаго дѣянія по отношенію ко второму [1]), причемъ каждое дѣяніе обсуждается юридически самостоятельно, съ примѣненіемъ къ нимъ общихъ положеній объ отвѣтственности за вину умышленную и неосторожную. Эта необходимость отдѣльнаго разсмотрѣнія задуманнаго и выполненнаго получаетъ особенное значеніе въ тѣхъ случаяхъ, когда, благодаря ошибкѣ въ объектѣ, возбуждается вопросъ объ измѣненіи подсудности, условій возбужденія уголовнаго дѣла, или самой преступности учиненнаго. Если примѣнять въ подобныхъ случаяхъ противоположную доктрину, т. е. признать, что виновный, несмотря на ошибку, наказывается какъ за осуществленіе того, что онъ предполагалъ учинить, то мы придемъ несомнѣнно къ абсурднымъ выводамъ.

Большинство западно-европейскихъ кодексовъ не упоминаютъ о случаяхъ этого рода, [2]) но въ судебной практикѣ они рѣшаются весьма различно [3]).

---

1) Ср. Schütze, § 42; Geib, Lehrbuch, 97, иначе въ архивѣ, стр. 56 и сл.; практическій случай, подавшій поводъ къ подробному обслѣдованію этого вопроса—дѣло Розы и Розаля, см. Böhlau, Der Criminalprocess Rose und Rosahl, 1859 г. Указанія на литературу, вызванную этимъ процессомъ, въ моемъ курсѣ, II, № 267, прим. 297.

2) Такое указаніе содержитъ австрійское уложеніе, а также итальянское, ст. 52, упоминая только объ ошибкѣ въ объектѣ и указывая, что въ случаяхъ этого рода виновному не вмѣняются въ вину обстоятельства, усиливающія отвѣтственность, относящіяся къ пострадавшему; наоборотъ, засчитываются въ его пользу обстоятельства, уменьшающія вину, относящіяся къ предполагавшемуся объекту.

3) Ср. указанія въ моемъ курсѣ, II, № 267; французскій кассаціонный судъ соединяетъ въ одно цѣлое случаи aberratio и error и ставитъ такую формулу: всякій считается виновнымъ въ умыш-

Въ нашемъ правѣ спеціальныя постановленія объ ошибкѣ появились только съ изданіемъ уложенія 1845 г. и вошли въ статью 1456 [1]), которая постановляла: «кто, имѣя намѣреніе нанести кому-либо смерть, вмѣсто сего лица, по ошибкѣ или иному случаю, лишитъ жизни другаго, тотъ подвергается тому же наказанію, какому онъ долженствовалъ бы подвергнуться, если бы умертвилъ того, на жизнь коего онъ имѣлъ умыселъ». Хотя это постановленіе и было помѣщено въ раздѣлѣ объ убійствѣ, но такъ какъ оно не содержало какого-либо особаго запрета, а разрѣшало вопросъ, касающійся общаго состава преступнаго дѣянія, то, согласно ст. 12 и 13 уст. угол. суд., тѣ же основанія должны были служить для разрѣшенія аналогичныхъ случаевъ и при другихъ преступныхъ дѣяніяхъ. По существу же вопроса, статья 1456 не различала случаевъ aberratio и error, подводя ихъ подъ одну общую рубрику, а затѣмъ принимала систему, доказательства полной практической несостоятельности которой были указаны выше [2]).

Этою несостоятельностью системы, усвоенной статьею 1456, объясняется то, что угол. кассац. депар. Правительствующаго Сената, въ своемъ подробно и обстоятельно мотивированномъ рѣшеніи 1874 г., № 49, по дѣлу Пономарева, принялъ другое толкованіе аналогичнаго случая. Пономаревъ обвинялся въ томъ, что, желая уничтожить свой вексель, онъ вырвалъ изъ рукъ Бѣлоусова вексель и разорвалъ его, полагая, что онъ уничтожаетъ свой долговой документъ, между тѣмъ какъ оказалось, что онъ истребилъ чужой вексель, а именно—нѣкоего Фивейскаго. Спорный вопросъ заключался въ томъ, подходитъ ли данное дѣяніе подъ истребленіе собственнаго векселя (согласно съ умышленнымъ) или подъ истребленіе чужаго документа (согласно съ выполненнымъ). Сенатъ, по разсмотрѣніи кассаціонной жалобы Пономарева, нашелъ, между прочимъ, что правило, выраженное въ ст. 1456, не можетъ быть распространяемо на другія преступныя дѣянія, кромѣ убійства, такъ какъ оно противорѣчитъ духу нашего законодательства, по которому умыселъ не осуществившійся наказывается только въ прямо опредѣленныхъ случаяхъ; что, согласно постановленіямъ статей 10 и 109 уложенія, учиненное по отношенію къ объекту, надъ которымъ было задумано преступленіе, не можетъ считаться покушеніемъ, такъ какъ объектъ, на который направлялся умыселъ, могъ быть далеко отъ мѣста преступленія и никакой опасности не подвергался, такъ что между объектомъ и дѣяніемъ не существовало иной связи, кромѣ преступнаго умысла. По отношенію же къ тому объекту, надъ которымъ выполнено преступленіе, дѣяніе должно разсматриваться, какъ самостоятельное преступленіе, сообразно съ условіями его совершенія; поэтому въ данномъ случаѣ виновный долженъ быть наказанъ, какъ за истребленіе чужаго векселя. Если же бы оказалось, что виновный изорвалъ, вмѣсто своего векселя, какой-либо клочекъ бумаги, не имѣющій никакого значенія, то его поступокъ былъ бы вовсе не наказуемъ, такъ

ленномъ убійствѣ, если, возымѣвъ намѣреніе лишить кого-нибудь жизни и дѣйствуя ради этого намѣренія, лишитъ жизни другое лицо. Германская практика высшихъ судебныхъ мѣстъ признавала систему, сходную съ изложенною въ текстѣ.

1) Это постановленіе было заимствовано изъ австрійскаго уложенія.

2) Ср. разборъ этихъ постановленій въ моемъ курсѣ, II, № 268 и сл.

какъ, по духу нашего закона, дѣяніе, совершенное надъ негоднымъ объектомъ, не можетъ быть наказуемо ни какъ оконченное преступленіе, ни какъ покушеніе на него.

Дѣйствующее уложеніе никакихъ особыхъ постановленій по сему предмету не содержитъ.

ОТДѢЛЪ II.

Преступная дѣятельность.

I. Объективное проявленіе виновности.

152. Обращаясь къ разсмотрѣнію объективной стороны преступнаго дѣянія, къ преступной дѣятельности, нельзя не указать, что формы проявленія виновности зависятъ отъ характера и условій охраны, которую норма даетъ интересамъ жизни.

Какъ я указывалъ еще въ введеніи, правоохрана заключается прежде всего въ защитѣ интереса отъ причиненія ему вреда или отъ опасности такового причиненія, а потому неисполненіе велѣнія «не вреди», вредоносная или опасная дѣятельность, будетъ внѣшнимъ выраженіемъ первой группы преступныхъ посягательствъ на норму—такъ называемое преступное содѣяніе (delictum commissionis). Но иногда законодатель, ради охраны тѣхъ же интересовъ частнаго лица, общества или государства, идетъ далѣе, и, не ограничиваясь заповѣдью «neminem laedere», требуетъ отъ гражданъ содѣйствія и помощи въ охранѣ; требуетъ, напр., содѣйствія отправленію правосудія явкою въ судъ, въ качествѣ свидѣтеля, эксперта, присяжнаго засѣдателя; требуетъ донесенія объ учиненномъ преступномъ дѣяніи; требуетъ содѣйствія общественному благосостоянію своевременнымъ заявленіемъ о появившейся заразѣ на скотѣ, насажденіяхъ; требуетъ содѣйствія правильному отбытію воинской повинности своевременною припискою къ призывному участку, явкою къ освидѣтельствованію и т. п.; неисполненіе этого велѣнія «помогай ближнему», непроявленіе интересоохранительной дѣятельности, будетъ внѣшнимъ выраженіемъ второй группы преступныхъ посягательствъ на норму, такъ называемое преступное упущеніе или бездѣйствіе (delictum ommissionis). Такимъ образомъ, нарушеніе запретительной нормы—(Verbot) будетъ содѣяніемъ, нарушеніе требовательной нормы (Gebot) бездѣйствіемъ [1]); хотя при этомъ нельзя не имѣть въ виду, что могутъ быть нормы, совмѣщающія въ себѣ и запрещенія и извѣстныя требованія, тогда, понятно, посягательство на нихъ можетъ быть и содѣяніемъ и бездѣйствіемъ: заповѣдь «помни день субботній во еже святити его» заключаетъ въ себѣ и запрещеніе нарушать святость субботы мірскими дѣлами и предписаніе посвящать его Господу Богу, въ видѣ обязательнаго посѣщенія богомоленія.

---

1) Это положеніе было подробно развито у Merkel, Kriminalistische Abhandlungen, 1867, стр. 77 и сл.; Ср. Ortmann, Ueber die Eintheilung der Verbrechen in Begehungs und Unterlassungsverbrechen въ Allgem. Strafrechtszeitung, 1873, стр. 465—479; Janka, §§ 35 и 44; Lefort, Cours, стр. 66; И. Фойницкій, Мошенничество, стр. 210; мой курсъ, II, № 263 и сл.

Различіе этихъ группъ преступныхъ посягательствъ заключается въ сущности правовыхъ велѣній или требованій, обращенныхъ къ гражданамъ, безотносительно къ той формѣ, въ которую облечено это велѣніе законодателемъ въ диспозитивной части закона, т. е. безотносительно къ тому, придана ли ей форма запрета или требованія, такъ какъ конструкція велѣнія признакъ случайный, зависящій иногда отъ неумѣнья законодателя, отъ недостаточной выработки законодательной техники [1]). Заповѣди «не убей», «не укради» съ одной стороны и «чти отца и матерь твою» съ другой, отличаются не только по формѣ изложенія, но и по существу и объему налагаемыхъ ими обязанностей и возможныхъ ихъ нарушеній. Наоборотъ, если законодатель, опредѣляя отвѣтственность за присвоеніе забытой чужой вещи, конструируетъ опредѣлительную часть такимъ образомъ: «кто не возвратитъ находящуюся у него чужую вещь съ цѣлью присвоенія оной», а при опредѣленіи, положимъ, растраты выразится: «кто продастъ или заложитъ съ цѣлью присвоенія находящуюся въ его распоряженіи чужую вещь», то не можемъ же мы утверждать, что въ силу такого изложенія присвоеніе забытаго становится бездѣйствіемъ, а растрата остается содѣяніемъ? Измѣнится ли существо преступнаго дѣянія, если законодатель измѣнитъ формулу опредѣлительной части статьи и вмѣсто выраженія: «кто повѣситъ въ питейномъ заведеніи патентъ на право торговли не на видномъ мѣстѣ», употребитъ другое «кто не повѣситъ патентъ на видномъ мѣстѣ»?

Еще менѣе можно искать различенія содѣянія и бездѣйствія въ способахъ и пріемахъ преступной дѣятельности [2]). Конечно, содѣяніе предполагаетъ, что виновный совершаетъ нѣчто: наноситъ ударъ, беретъ вещь, проявляетъ себя активно, а бездѣйствіе,—что виновный не исполняетъ чего-либо: не является въ судъ, не запираетъ изгороди, проявляетъ себя пассивно. Но такой признакъ, хотя и подходящій къ значительному числу случаевъ, тѣмъ не менѣе не охватываетъ всѣхъ, а потому оказывается непригоднымъ для установленія различія: убійство есть несомнѣнно содѣяніе, нарушеніе запретительной заповѣди, а между тѣмъ убійцею можетъ быть и тюремный надзиратель, не дававшій пищи арестанту и умертвившій его голодомъ; точно также виновникомъ крушенія поѣзда можетъ быть не только лицо, испортившее насыпь, снявшее рельсъ, загромоздившее путь, но и стрѣлочникъ, не переведшій во-время стрѣлки и т. п. Съ другой стороны, неявка на судъ въ качествѣ свидѣтеля есть несомнѣнно бездѣйствіе, а между тѣмъ отвѣтственнымъ за неявку будетъ не только тотъ, кто проспалъ время явки, но и тотъ, кто въ этотъ день уѣхалъ по желѣзной дорогѣ, или просто прохаживался около зданія суда.

---

1) Такое различіе защищалъ Luden въ его Abhandlungen aus dem Strafrechte, признавая, впрочемъ, самое дѣленіе чисто формальнымъ, такъ какъ употребленіе законодателемъ формы приказа или запрета въ диспозитивной части закона имѣетъ случайный характеръ.

2) Такое различіе принимали не только старые криминалисты—Clarus, Matthäus, но и болѣе поздніе—Klein, Spangenberg, Henke; оно по необходимости приводило къ смѣшенію бездѣйствія, какъ особаго типа преступныхъ дѣяній, и невмѣшательства, какъ преступнаго способа дѣйствія. Ср. Geib, Lehrbuch, II, § 85; Будзинскій, Начала, § 67, въ противорѣчіи впрочемъ съ его собственнымъ опредѣленіемъ бездѣйствія въ § 65.

Указанное различіе типовъ проявленія преступныхъ посягательствъ— содѣяніе и бездѣйствіе, считалось прежде столь существеннымъ, что, напр., партикулярные нѣмецкіе кодексы, баденскій, вюртембергскій, брауншвейгскій, саксонскій, а равно и кодексъ австрійскій, вносили опредѣленіе этихъ типовъ въ самый законъ и только новые кодексы, по примѣру французскаго, сохраняя это различіе по существу, не даютъ опредѣленія этихъ понятій въ законѣ [1]).

Наше уложеніе о наказаніяхъ 1845 г. сохраняло въ законѣ это различіе, не давая, впрочемъ, этимъ типамъ никакого техническаго наименованія. Такъ, статья 1-я по изд. 1885 г. говорила: «преступленіемъ или проступкомъ признается какъ самое противозаконное дѣяніе, такъ и неисполненіе того, что подъ страхомъ наказанія предписано».

Но дѣйствующее уголовное уложеніе не знаетъ этого дѣленія и въ своемъ общемъ опредѣленіи преступнаго дѣянія, въ ст. 1-й говоритъ только о дѣяніяхъ, но, какъ видно изъ самой конструкціи статьи и изъ другихъ постановленій перваго раздѣла, объемля словомъ «дѣяніе» и содѣяніе, и бездѣйствіе. Въ этомъ смыслѣ и объяснительная записка указываетъ, что слово «дѣяніе» употреблено въ уложеніи для означенія какъ содѣянія, т. е. совершенія поступковъ, нарушающихъ прямыя запрещенія закона, такъ и бездѣйствія или упущенія, т. е. неисполненія требованій закона [2]).

Тѣмъ не менѣе такое отсутствіе особаго упоминанія въ уложеніи не отнимаетъ у этого различія существеннаго теоретическаго, а вмѣстѣ съ тѣмъ и практическаго значенія и притомъ въ двоякомъ отношеніи: во-1-хъ, съ точки зрѣнія законодательной, такъ какъ обѣ эти группы занимаютъ въ кодексахъ далеко не одинаковое положеніе: велѣнія оказывать помощь отдѣльнымъ лицамъ или цѣлому обществу, въ виду условій современной общественной жизни, представляются сравнительно весьма немногочисленными, относясь притомъ по большей части даже не ко всѣмъ гражданамъ, а только къ лицамъ, занимающимъ особое положеніе въ государствѣ, всего чаще къ лицамъ служащимъ; во-2-хъ, это различіе отражается на примѣненіи къ той или другой изъ этихъ группъ отдѣльныхъ институтовъ уголовнаго права и даже отчасти на самой конструкціи этихъ институтовъ, въ особенности, напр., ученія о покушеніи, соучастіи и т. п.

При бездѣйствіи мы имѣемъ дѣло, главнымъ образомъ, съ преступнымъ процессомъ, совершающимся въ самомъ нарушителѣ, а въ содѣяніи сверхъ того и съ преступнымъ осуществленіемъ этого процесса. Въ случаяхъ злонамѣреннаго бездѣйствія, злая воля виновнаго, конечно, формируется по тѣмъ же условіямъ, какъ и злой умыселъ вообще, она совмѣщаетъ въ себѣ тѣ же элементы и проходитъ тѣ же стадіи развитія, ея источникомъ могутъ быть какъ

---

1) Такъ, германскій кодексъ употребляетъ слово «Handlung» для обозначенія обоихъ типовъ. Ср. Schwarze, Kommentar, Excurs VII, Handlungen und Unterlassungen; Binding, Normen, I, § 6, Handlungsnormen und Unterlassungsnormen; Liebmann, стр. 24. Для французскаго права, — Ortolan, №№ 597—608.

2) Въ этомъ же широкомъ значеніи употребляется мною терминъ преступное дѣяніе въ настоящемъ трудѣ.

условія, заключающіяся въ самомъ виновномъ, такъ и данныя внѣшняго окружающаго міра или злая воля третьихъ лицъ, опредѣлившая бездѣйствовавшаго къ неисполненію требованій закона. Далѣе, злая воля и при бездѣйствіи можетъ не только формироваться и пребывать во внутреннемъ, недоступномъ для правосудія мірѣ виновнаго, но можетъ и заявлять о своемъ существованіи всѣми доступными для воли способами; мы можемъ даже представить себѣ извѣстную подготовительную дѣятельность къ преступному бездѣйствію, но бездѣйствіе не совмѣщаетъ въ себѣ внѣшняго осуществленія злой воли; та дѣятельность, которую выполнялъ во время бездѣйствія виновный, сама по себѣ никакого значенія, для его отвѣтственности не имѣетъ, хотя бы даже такая дѣятельность опредѣлилась задуманнымъ неисполненіемъ требованія закона, когда, напр., въ этихъ видахъ данное лицо напивается пьянымъ, принимаетъ наркотикъ, уѣзжаетъ въ желѣзнодорожномъ поѣздѣ. Внѣшнее оказательство воспріемлетъ направленная на бездѣйствіе воля лишь съ момента наступленія указанныхъ въ законѣ условій обязательнаго проявленія содѣйствія, преимущественно условій времени, мѣста, т. е. условій, къ дѣятельности виновнаго ни въ какомъ непосредственномъ отношеніи не стоящихъ: съ того момента, какъ судебный приставъ доложилъ суду, что свидѣтель не явился, бывшая дотолѣ безразличною рѣшимость лица уклониться отъ исполненія своей обязанности получаетъ свое осуществленіе, при этомъ та же конструкція имѣетъ мѣсто и при бездѣйствіи неосторожномъ. Напротивъ того, въ содѣяніяхъ виновность, какъ умышленная, такъ и неосторожная, находитъ свое соотвѣтственное выраженіе въ дѣятельности, нерѣдко весьма сложной, продолжительной, и только мало-по-малу получаетъ свое осуществленіе.

153. Далѣе, преступная дѣятельность предполагаетъ прежде всего тѣлесное дѣйствіе, возбужденіе нашихъ двигательныхъ нервовъ и вызванное этимъ сокращеніе мускуловъ, а затѣмъ извѣстное измѣненіе внѣшняго окружающаго насъ міра, т. е. предполагаетъ дѣйствіе и послѣдствіе. Самая дѣятельность человѣка, непосредственно вызывающая это послѣдствіе или даже не воспрепятствовавшая его наступленію, можетъ быть осуществлена разнообразными средствами.

Такимъ средствомъ можетъ быть прежде всего собственное тѣло дѣйствующаго и его органы, а затѣмъ внѣ находящіеся предметы матеріальнаго міра и проявляющіяся въ немъ силы. Далѣе, этимъ средствомъ преступной дѣятельности (instrumenta sceleris) могутъ быть не только неодушевленные предметы, но и одушевленные; не только силы природы, но даже, при извѣстныхъ условіяхъ, другое лицо, въ особенности находящееся, напр., въ состояніи невмѣняемости. Такимъ образомъ, при убійствѣ средствами могутъ быть: ружье, топоръ, ядъ, огонь, дикій звѣрь, безумный маніакъ и т. д. Иногда дѣйствующій довольствуется для выполненія, такъ сказать, примитивными простыми средствами, а иногда устраиваетъ для этого сложныя и крайне разнообразныя приспособленія; мало того, при дѣятельности составной, сложной мы иногда причисляемъ къ средствамъ даже послѣдствія извѣстной дѣятельности, насколько они служатъ для дальнѣйшаго осуществленія предпринятаго. Такъ, средствами словеснаго оскорбленія мы считаемъ не только органы рѣчи, ихъ функціи, но и самое произнесенное ругательное слово.

При этомъ такое выполненіе преступнаго дѣянія опредѣленными средствами или орудіями можетъ имѣть мѣсто какъ при осуществленіи преступнаго замысла, такъ и при посягательствахъ на правоохраненный интересъ, учиненныхъ по небрежности и невнимательности.

Далѣе, осуществленіе преступнаго дѣянія требуетъ нерѣдко извѣстной опредѣленной комбинаціи, извѣстнаго порядка примѣненія средствъ или, другими словами, опредѣленнаго способа учиненія: такъ, отравленіе, какъ введеніе въ организмъ разрушающаго жизнь вещества, есть способъ убійства, тайное взятіе чужой вещи—способъ дѣйствія при кражѣ.

Въ житейскомъ, а иногда даже и въ юридико-техническомъ языкѣ, понятія средствъ и способовъ дѣйствія нерѣдко смѣшиваются другъ съ другомъ, хотя анализъ нѣкоторыхъ преступленій свидѣтельствуетъ намъ, что ихъ точное разграниченіе составляетъ необходимое условіе правильнаго опредѣленія состава многихъ отдѣльныхъ преступныхъ дѣяній.

Въ западной литературѣ вопросъ о средствахъ и способахъ преступной дѣятельности едва затрогивается: такъ, французскіе криминалисты упоминаютъ о немъ только при изложеніи ученія объ отдѣльныхъ преступленіяхъ, напр., при убійствѣ, мошенничествѣ; даже изъ германскихъ криминалистовъ весьма немногіе говорятъ о немъ въ общей части [1]); но ему болѣе посчастливилось въ нашей литературѣ, причемъ выдвинулось особое мнѣніе, защищаемое Чебышевымъ-Дмитріевымъ и Фойницкимъ, что средства и способы при опредѣленіи сущности преступной дѣятельности имѣютъ такое же значеніе, какъ и свойства объекта или условія вмѣненія.

Впервые вопросъ былъ затронутъ проф. А. Чебышевымъ-Дмитріевымъ въ его ученіи о покушеніи, именно при изслѣдованіи покушенія съ негодными средствами.

«Нельзя въ большинствѣ случаевъ, говоритъ авторъ (стр. 27), видѣть преступленіе въ правонарушеніи, совершенномъ не тѣмъ способомъ, какой имѣлъ въ виду законъ запретить подъ страхомъ наказанія... Уголовное правосудіе имѣетъ своимъ объектомъ волю не безнравственную, а преступную, волю, избирающую такія средства для нарушенія права, которыя считаются закономъ за особенно безнравственныя или за особенно вредныя или опасныя и признаются преступными... Преступность (стр. 119) избранныхъ средствъ къ достиженію правонарушенія является такимъ же существеннымъ условіемъ для того, чтобы признать дѣятельность преступной, какъ и для того, чтобы установить преступность цѣли... Законъ (стр. 118) не признаетъ преступными множество путей, которыми столь же вѣрно достигается правонарушеніе, какъ и дѣйствіями преступными».

Въ подтвержденіе этихъ мыслей авторъ приводитъ нѣсколько примѣровъ: такъ, говоритъ онъ, не будетъ убійцею въ уголовно-юридическомъ смыслѣ тотъ, кто испугаетъ или разсердитъ больнаго съ намѣреніемъ причинить ему смерть и достигнетъ своей цѣли; молящійся о смерти врага и достигшій этимъ путемъ желаемаго, совершитъ «такое преступленіе, которое не подходитъ ни подъ одинъ видъ убійствъ, запрещенныхъ закономъ»; беременная, поднимающая какія-либо тяжести, предполагая этимъ произвести выкидъ, не наказуема, безотносительно къ тому, имѣло ли ея дѣйствіе желаемый результатъ или нѣтъ и т. д.

Но, придавая огромное значеніе способамъ и средствамъ дѣйствія, среди другихъ элементовъ состава преступнаго дѣянія, авторъ, въ своихъ бѣглыхъ, такъ сказать, замѣт-

---

1) Berner, § 61, придаетъ вопросу о средствахъ троякое значеніе: во-1-хъ, какъ доказательству бытія преступной воли; во-2-хъ, какъ элементу, вліяющему на мѣру наказанія; въ-3-хъ, какъ условію, вліяющему на разрѣшеніе вопроса о покушеніи съ негодными средствами. Ср. также Janka § 38.

кахъ, не даетъ никакого дѣйствительнаго обоснованія своему ученію, такъ что всѣ его положенія являются совершенно голословными, а рѣшеніе приводимыхъ имъ примѣровъ, если бы они, конечно, практически были возможны, съ точки зрѣнія, напр., постановленій нашего уложенія объ убійствѣ, истребленіи плода, представляется совершенно произвольнымъ [1]).

Глубже затронутъ разбираемый вопросъ проф. Фойницкимъ въ его изслѣдованіи о мошенничествѣ (II, §§ 28 и 29).

«Содержаніе уголовнаго правосудія, говоритъ авторъ (стр. 80), опредѣляется двумя интересами: общественнымъ и личнымъ; первый побуждаетъ государство опредѣлить: какія дѣйствія, какъ вредныя для общества, должны быть признаны наказуемыми; второй же требуетъ: а) знанія въ точности, напередъ, что запрещено закономъ; б) примѣненія наказанія только при наличности условій, устраняющихъ сомнѣніе въ виновности, при помощи средствъ распознаванія, доступныхъ земной юстиціи, и в) назначеніе наказанія только за дѣянія, дѣйствительно причиняющія вредъ обществу. Интересъ общественный требуетъ наказуемости всѣхъ правонарушеній; интересъ же личный требуетъ ограниченія наказуемости; онъ не можетъ равнодушно отнестись къ тому: наказываетъ ли законъ за опредѣленныя дѣйствія или вообще за нарушеніе какихъ-либо правоотношеній. Личный интересъ имѣетъ право потребовать, чтобы составъ преступленія расширялся не на всякій способъ дѣйствія, а ограничивался такими способами, которые приводятъ и могутъ приводить къ несомнѣнному убѣжденію въ причинной связи воли и дѣйствія съ послѣдствіемъ.

Это построеніе, въ отличіе отъ попытки г. Чебышева-Дмитріева, отдѣляетъ средства дѣйствія отъ способовъ и придаетъ главное значеніе послѣднимъ; вмѣстѣ съ тѣмъ, и самый вопросъ разсматривается исключительно съ точки зрѣнія законодателя, между тѣмъ какъ г. Чебышевъ-Дмитріевъ смотритъ на него съ точки зрѣнія судьи. По теоріи Фойницкаго, интересъ личности требуетъ, чтобы законодатель признавалъ не всякій способъ посягательства на правоохраненный интересъ преступнымъ, а по теоріи Чебышева-Дмитріева судья долженъ освободить учинившаго посягательство отъ наказанія, потому что онъ дѣйствовалъ непреступнымъ способомъ и средствами, хотя бы законъ и не содержалъ въ этомъ отношеніи никакихъ ограниченій, какъ, напр., при убійствѣ. Теорія Чебышева - Дмитріева практически несостоятельна, теорія Фойницкаго теоретически односторонняя. Очевидно, что цѣлесообразность карательной государственной дѣятельности, интересы каждаго подсудимаго, а вмѣстѣ съ тѣмъ и всего общества, требуютъ, чтобы наказаніе примѣнялось только въ томъ случаѣ, когда виновность обвиняемаго несомнѣнна; мало того, можно вполнѣ согласиться съ авторомъ, что государство должно отказаться отъ проявленія своей карательной дѣятельности, если, по естественному порядку вещей, такая дѣятельность грозитъ возможностью судебныхъ ошибокъ, возможностью привлеченія къ суду невинныхъ, безрезультатностью производства и т. д. Этими соображеніями цѣлесообразности намѣчаются границы уголовно-наказуемой и уголовно-безразличной неправды, установляется институтъ частнаго преслѣдованія, давность и т. д.; но ошибочно ставить проявленіемъ этого принципа требованіе наличности извѣстнаго способа и средствъ дѣйствія. Способъ дѣйствія есть только одинъ изъ элементовъ распознаваемости наличности вины и то преимущественно при извѣстныхъ конкретныхъ условіяхъ; а потому попытка законодателя указать по каждому дѣянію въ самомъ законѣ способы, содѣйствующіе распознаваемости виновности, будетъ несостоятельна [2]).

Дѣйствительное значеніе средствъ и способовъ дѣйствія, въ общемъ ученіи о преступномъ дѣяніи, представляется мнѣ въ слѣдующемъ видѣ [3]).

По общему правилу, какъ скоро виновный учинилъ умышленно или неосторожно преступное дѣяніе, онъ отвѣчаетъ за совершенное, безотно-

---

[1]) Ср. болѣе подробный разборъ этого ученія въ моемъ курсѣ, № 373.

[2]) Ср. курсъ, № 374.

[3]) Ср. мое изслѣдованіе о преступленіяхъ противъ жизни, I, № 82; курсъ, II, № 375; Н. Сергѣевскій, Причинная связь, I, стр. 32; Пособія, стр. 281.

сительно къ средствамъ, коими онъ пользовался. По отношенію къ огромному числу преступныхъ дѣяній, законодатель, запрещая извѣстное дѣяніе, не даетъ, да и не можетъ дать, перечня средствъ совершенія; но иногда онъ отступаетъ отъ этого положенія и или прямо опредѣляетъ преступность извѣстнаго дѣянія свойствомъ употребленныхъ средствъ, или же придаетъ извѣстной категоріи средствъ значеніе обстоятельства, измѣняющаго отвѣтственность, или же на этомъ основаніи классифицируетъ преступныя дѣянія. Основанія такихъ отступленій заключаются или въ томъ, что выборъ извѣстныхъ средствъ указываетъ на особенную испорченность, жестокость виновнаго, или въ томъ, что употребленіе извѣстныхъ средствъ придаетъ большую опасность дѣйствію, распространяетъ вредъ на большее число лицъ и т. д. На этомъ основаніи, напр., изъ понятія убійства выдѣляется убійство взрывомъ пороха и т. д.; изъ истребленія имущества—такъ называемыя общеопасныя дѣянія, и т. д. Во всѣхъ этихъ случаяхъ основаніемъ квалификаціи является характеръ употребленныхъ средствъ—огонь, вода, взрывчатыя вещества, ядъ и т. д.

Аналогичное значеніе имѣетъ и способъ дѣйствія, причемъ нельзя не прибавить, что роль его при нѣкоторыхъ, особо указанныхъ преступленіяхъ представляется еще болѣе важною. Такъ, во-1-хъ, способъ дѣйствія можетъ служить основаніемъ для усиленія уголовной отвѣтственности, какъ, напр., проникновеніе въ обитаемое помѣщеніе при кражѣ; засада, истязанія и мученія при убійствѣ и т. д.; во-2-хъ, способъ дѣйствія можетъ служить основаніемъ классификаціи преступныхъ дѣяній: таково, напр., раздѣленіе, по нашему праву, похищенія чужихъ вещей на тайное, насильственное и обманное; наконецъ, въ-3-хъ, способъ дѣйствія можетъ, хотя и въ сравнительно немногихъ случаяхъ, служить основаніемъ отграниченія уголовно-наказуемой и не наказуемой неправды.

Обыкновенно средства дѣйствія, будутъ ли это органы нашего тѣла или предметы внѣшняго міра, которыми мы пользуемся при осуществленіи преступнаго дѣянія, имѣютъ физическій характеръ—слово, движеніе; но при нѣкоторыхъ преступныхъ дѣяніяхъ, какъ, напр., при убійствѣ, тѣлесныхъ поврежденіяхъ, возникаетъ сверхъ того вопросъ о такъ называемыхъ психическомъ воздѣйствіи и психическихъ средствахъ [1]).

Положимъ, что кто-либо, зная, что другое лицо находится въ такомъ болѣзненно-разстроенномъ нервномъ состояніи, при которомъ всякій испугъ или сильное нравственное потрясеніе можетъ причинить смерть, пользуется такимъ состояніемъ для осуществленія своего намѣренія лишить жизни и достигаетъ задуманнаго; можемъ ли мы признать его уголовно-наказуемымъ за убійство?

---

1) Ср. въ особенности Geyer, Zur Lehre vom dolus generalis въ архивѣ Гольтдаммера, XIII (1861 г.); Krebel, Versuch über den Tod durch psychische Vorgänge und die Gesundheitsstörung und Tödtung auf psychischem Wege in forensischer Beziehung, 1866 г.; Легонинъ, Причиненіе смерти и разстройства здоровья психическими средствами въ Ю. В. 1879 г., II. № 4; у него подробныя и весьма убѣдительныя доказательства взгляда, излагаемаго въ текстѣ.

По моему мнѣнію, отвѣтъ долженъ быть утвердительный. Со стороны субъективной, существуетъ преступный умыселъ и, слѣдовательно, виновность лица; этотъ умыселъ воплощается въ дѣйствіи: появленіе въ видѣ мертвеца, сообщеніе ужаснаго извѣстія; это дѣйствіе ведетъ къ желаемой цѣли, и умыселъ осуществляется. Спрашивается, на какомъ юридическомъ основаніи мы не признаемъ здѣсь наличности условій, требующихся для состава убійства [1]).

На это обыкновенно возражаютъ, что при подобныхъ условіяхъ трудно установить причинную связь между дѣйствіями виновнаго и наступившею смертью; но это возраженіе, очевидно, не принципіальнаго характера, такъ какъ оно переноситъ вопросъ на процессуальную почву. Конечно, можно признать убійцею данное лицо только въ томъ случаѣ, когда будетъ доказано, что смерть причинена имъ; но это положеніе имѣетъ одинаковое значеніе и въ случаяхъ причиненія смерти такъ называемыми физическими средствами, а съ другой стороны, во всякомъ учебникѣ судебной медицины мы найдемъ несомнѣнныя указанія на факты причиненія смерти или тѣлеснаго поврежденія психическими воздѣйствіями, т. е. указаніе на полную возможность констатированія причинной связи въ случаяхъ этого рода.

Далѣе, указаніе на то, что, при этихъ условіяхъ, желаемый результатъ могъ наступить только благодаря особеннымъ, чисто индивидуальнымъ, условіямъ даннаго факта, также не имѣетъ значенія, такъ какъ и при вмѣненіи результата, вызваннаго механическимъ путемъ, мы вмѣняемъ и такъ называемыя индивидуальныя, особенныя послѣдствія, какъ скоро эти особенности даннаго случая были сознаваемы виновнымъ и онъ воспользовался своимъ знаніемъ; такимъ образомъ, мы признаемъ убійствомъ отравленіе такою дозою яда, которая была, завѣдомо для виновнаго, смертельна, только благодаря особенному патологическому состоянію убитаго.

Остается, слѣдовательно, самый характеръ употребленныхъ средствъ или способа дѣятельности виновнаго. Это возраженіе представлялось бы существеннымъ, если бы дѣло шло о такихъ преступныхъ дѣяніяхъ, коихъ составъ прямо обусловленъ наличностью извѣстныхъ средствъ; но возраженіе теряетъ силу, какъ скоро запретъ закона не содержитъ такого указанія, какъ у насъ при убійствѣ, или даже прямо указываетъ на возможность учиненія вреда всякими средствами. Да и самое наименованіе средствъ или способа дѣйствія «психическими» представляется неточнымъ. Средствомъ дѣйствія будутъ: сказанное слово, переодѣванье, какія-либо символическія дѣй-

---

[1]) Мое изслѣдованіе о преступленіяхъ противъ жизни, I, № 87, курсъ, II, № 376; изъ нашихъ криминалистовъ въ защиту того же мнѣнія высказались: А. Лохвицкій, А. Чебышевъ-Дмитріевъ и въ особенности Н. Сергѣевскій, Причинная связь, I, стр. 28 и сл.; Пособія, стр. 275. Весьма рѣзкія возраженія противъ этого ученія у Н. Неклюдова, Руководство къ особенной части, I, стр. 266. Изъ новыхъ нѣмецкихъ криминалистовъ за мнѣніе, изложенное въ текстѣ, высказались: Holtzendorf, въ Handbuch, III, стр. 418; H. Meyer, стр. 184; Wahlberg, въ замѣчаніяхъ на проектъ нашего дѣйствующаго уголовнаго уложенія. Любопытныя соображенія въ пользу наказуемости убійства психическими средствами были высказаны извѣстнымъ англійскимъ криминалистомъ Джемсомъ Стифеномъ въ его законодательныхъ работахъ. Ср. Bertrand, Etude sur le projet de loi relatif à l'homicide en Angleterre, 1877 г.

ствія, т. е. обыкновенныя средства дѣйствія, столь часто употребляемыя, напр., при обидахъ, мошенничествѣ [1]); остается только своеобразное воздѣйствіе этими средствами на организмъ другаго, скорѣе, способъ дѣйствія; это воздѣйствіе съ трудомъ поддается физическому измѣренію и оцѣнкѣ, имѣетъ какъ бы нематеріальный характеръ; но и это особенное свойство средствъ только кажущееся; смерть въ подобныхъ случаяхъ происходитъ отъ внезапнаго прекращенія дѣятельности центральной нервной системы, отъ разрыва кровеносныхъ сосудовъ, отъ остановки дѣятельности сердца, однимъ словомъ, отъ процессовъ, имѣющихъ чисто соматическій характеръ.

154. Но особенное значеніе въ ученіи о средствахъ и способахъ дѣйствія представляетъ вопросъ о такъ называемомъ невмѣшательствѣ, какъ способѣ учиненія преступнаго посягательства [2]). Говоря о различіи преступнаго

---

1) «Рѣчь, письмо, рисунокъ, тѣлодвиженія и т. п., вотъ средства для психическаго воздѣйствія, говоритъ Легонинъ (стр. 465); но они не въ какомъ случаѣ не проникаютъ въ наше сознаніе непосредственно, а необходимо должны предварительно произвести впечатлѣніе на периферическіе органы того или другаго ощущенія». Поэтому онъ и не находитъ рѣзкаго различія между ними и такъ называемыми механическими или наружными средствами дѣйствія. Механизмъ смерти, продолжаетъ онъ, отъ психическихъ поврежденій тотъ же, который наблюдается нерѣдко при повѣшеніи, утопленіи и т. д. Въ случаяхъ внезапной смерти (стр. 473), вслѣдъ за психическимъ потрясеніемъ, отраженіе съ опредѣленныхъ частей головнаго мозга на продолговатый мозгъ происходитъ съ такою быстротою и такъ энергично, что результатомъ воздѣйствія на продолговатый мозгъ бываетъ прекращеніе дыханія и въ особенности остановка сердцебіенія. Такимъ образомъ, механизмъ смерти здѣсь не имѣетъ ничего специфическаго и во всякомъ случаѣ ничего сверхъестественнаго. Онъ характеризуется, какъ такъ называемый «choc», который встрѣчается и при разнообразныхъ механическихъ поврежденіяхъ, съ тѣмъ только различіемъ, что въ случаяхъ психическаго воздѣйствія «choc» вызывается сильнымъ раздраженіемъ не периферическихъ нервовъ, а частей головнаго мозга, принимающихъ участіе въ сознательной дѣятельности. Возможность же причиненія психическимъ путемъ нервныхъ болѣзней и психическаго разстройства не подлежитъ болѣе ни малѣйшему сомнѣнію. Психическій способъ насилія (стр. 375) ничѣмъ существеннымъ не отличается отъ механическихъ способовъ насилія; другими словами, всѣ способы насилія, если только они въ состояніи вызвать матеріальныя измѣненія въ организмѣ, сводятся къ одному и тому же началу, т. е. механическому, а въ такомъ случаѣ строгое разграниченіе способовъ въ законѣ становится невозможнымъ. Ср. также Гофманъ, учебникъ судебной медицины, 1881 г., стр. 518.

2) Вопросъ этотъ сдѣлался одною изъ любимыхъ темъ нѣмецкихъ криминалистовъ (Ianka называетъ этотъ вопросъ однимъ изъ интереснѣйшихъ и деликатнѣйшихъ, а Liszt однимъ изъ безплоднѣйшихъ) и вызвалъ огромную монографическую литературу; напротивъ того, французскіе и итальянскіе криминалисты его почти вовсе не касаются. Ortolan, I, № 605. Ср. подробныя указанія въ моемъ курсѣ, II, № 377 прим. 80; Glaser, Ueber strafbare Unterlassungen въ его Abhandlungen, 1858 г., стр. 289—503; рядъ статей Ортмана въ Allgem. Strafrechtszeitung Гольцендорфа 1873 г.; въ G., 1874, 1875, 1876, 1878 и 1880 г.г., и Archiv Гольтдаммера 1875 и 1876 г.г.; статьи Buri въ G. 1869, 1875, 1876, 1878 гг. и въ L. Z., I, стр. 400; Berger, Ueber Bewirken durch Unterlassen въ Zeitschrift für öffentl. und priv. Becht. 1882 г., стр. 734—776; Aldosser, Unterlassungsdelicte, 1882; Haupt, Zur Lehre von den Unterlassungsdelicten, въ L. Z., II, стр. 533; Sturm, Die Commissivdelicte durch Unterlassung und die Ommissivdelicte, 1883 г.; Rohland, Commissivdelict durch Unterlassung, Festrede, 1885; его же, Die strafbare Unterlassung, 1887 г.; Landsberg, Die sogenannten Commissivdelicte durch Unterlassung im deutschen Strafrecht. 1890; Sturm, Die Rechtswidrigkeit der Unterlassung. 1895; Guthmann, Die negativen Bedingungen in ihren Beziehungen zu den unechten Unterlassungsdelicten 1899. Много интересныхъ данныхъ изъ французской практики объ отвѣтственности за невмѣшательство у M. Soleilles, Les accidents de travail et la résponsabilité civile, 1897; Н. Сергѣевскій, О значеніи причинной связи, 1880 г., I, стр. 90; Н. Платоновъ, Ученіе о преступномъ бездѣйствіи, Право, 1901 №№ 39 и 41.

содѣянія и бездѣйствія, обусловленнаго различіемъ нарушаемыхъ нормъ требовательныхъ и запретительныхъ, я указалъ, что это различіе не зависитъ отъ активнаго или пассивнаго способа дѣйствія, такъ такъ оба эти способа могутъ быть какъ при содѣяніи, такъ и при упущеніи или бездѣйствіи. Теперь я остановлюсь на разсмотрѣніи пассивнаго характера преступной дѣятельности, такъ какъ этотъ способъ, въ особенности, когда имъ нарушаются нормы запретительныя, представляетъ много своеобразнаго; при этомъ, для различенія бездѣйствія, какъ посягательства на нормы требовательныя, отъ бездѣйствія, какъ способа дѣйствія, я буду называть послѣднее невмѣшательствомъ [1]).

Что можно понимать подъ невмѣшательствомъ въ уголовномъ правѣ и при какихъ условіяхъ невмѣшавшійся можетъ отвѣчать не только за самое невмѣшательство, но и за то преступное дѣяніе, которое произошло благодаря его невмѣшательству?

На первый взглядъ, различіе между активнымъ участіемъ и пассивнымъ допущеніемъ нарушенія какого-либо запрета столь очевидно, что отграниченіе невмѣшательства отъ содѣянія, казалось-бы, не представитъ затрудненій: стоитъ только противопоставить убійство, выполненное ударомъ топора, съ одной, и неподаніе помощи утопающему съ другой стороны.

Но, присматриваясь ближе къ различнымъ формамъ и оттѣнкамъ дѣятельности, мы увидимъ, что въ жизни это рѣзкое различіе значительно сглаживается; являются промежуточныя, смѣшанныя формы, въ которыхъ соединяется и активное, и пассивное отношеніе дѣятеля къ преступному результату, особенно тамъ, гдѣ моментъ проявленія физической дѣятельности обвиняемаго отдѣляется отъ наступленія послѣдствія значительнымъ промежуткомъ времени.

Отравленіе можетъ быть совершено не только тѣмъ, кто влилъ насильно ядъ въ ротъ жертвы, но и тѣмъ, кто подалъ ядъ въ видѣ лѣкарства, кто, подмѣшавъ ядъ въ водку, налилъ ее въ тотъ графинъ, изъ котораго жертва задуманнаго преступленія имѣетъ обыкновеніе пить ежедневно; убійцею будетъ какъ тотъ, кто столкнулъ другого въ воду, такъ и тотъ, кто подпилилъ устой у мостика, черезъ который должна была пройти намѣченная жертва.

Если разсматривать послѣдніе примѣры въ моментъ наступленія результата, то дѣятельность виновнаго можетъ быть характеризована какъ невмѣшательство: онъ не остановилъ проходящаго черезъ мостъ или наливавшаго отравленную водку; но можно ли отнести эти случаи къ невмѣшательству или они составляютъ содѣяніе? Утвердительный отвѣтъ, и въ томъ, и въ другомъ

---

[1]) Я сохранилъ это различіе терминологіи, несмотря на сдѣланныя противъ этого возраженія (Н. Сергѣевскій, Причинная связь, II, стр. 106, пр. I), такъ какъ это различіе вытекаетъ изъ существа дѣла; самый же терминъ «невмѣшательство», мнѣ кажется, вполнѣ соотвѣтствуетъ юридической сущности этого способа дѣятельности. Нѣмецкіе криминалисты различаютъ эти два понятія выраженіями—echte oder unechte Unterlassung. Ср. Liszt, § 29; онъ указалъ, что самое слово Unterlassen означаетъ не бездѣйствіе вообще (Nichts thun), а неисполненіе чего-либо ожидаемаго (etwas nicht thun); мнѣ думается, что этотъ положительный, такъ сказать, причинный моментъ еще болѣе оттѣняется нашимъ выраженіемъ «невмѣшательство» въ противоположность бездѣйствію; Merkel, § 41.

смыслѣ, будетъ невѣренъ, такъ какъ эта смѣшанная форма представляется во многихъ отношеніяхъ совершенно своеобразнымъ типомъ [1]).

Съ чисто объективной стороны, такая дѣятельность относится, конечно, къ содѣяніямъ: виновный далъ толчокъ, привелъ въ движеніе систему силъ, конхъ продуктомъ былъ преступный результатъ: невмѣшательство въ этомъ отношеніи никакого значенія не имѣетъ. Но вопросъ значительно осложнится, когда мы обратимся къ сторонѣ субъективной, къ установленію виновности. Въ этомъ отношеніи возможно нѣсколько комбинацій.

Во-1-хъ, виновность остается неизмѣнною, какъ въ моментъ первоначальнаго приложенія силъ, такъ и въ моментъ невмѣшательства: виновный умышленно подмѣшалъ ядъ въ водку и умышленно не остановилъ жертву, когда та наливала себѣ рюмку, или, необдуманно совершивъ какой-либо поступокъ, легкомысленно отнесся и къ его результатамъ, а потому не предотвратилъ ихъ, хотя и могъ это сдѣлать: вся дѣятельность лица должна разсматриваться, какъ единое преступное содѣяніе, умышленное или неосторожное.

Во-2-хъ, въ моментъ первоначальнаго приложенія силъ дѣятельность виновнаго была вполнѣ сознательною и волимою; но затѣмъ, въ моментъ наступленія результата, онъ безразлично относился къ начатому имъ прежде или даже вовсе забылъ о немъ, хотя еще въ этотъ моментъ представлялась возможность предотвращенія послѣдствія,—и въ этомъ случаѣ вся дѣятельность сохраняетъ характеръ умышленнаго содѣянія.

Въ-3-хъ, первоначальная дѣятельность была, съ субъективной стороны, юридически безразлична, или подходила подъ условія неосторожности, а умыселъ возникъ только въ моментъ невмѣшательства; или же первоначальная дѣятельность была умышленная, но содержаніе воли, направленіе умысла измѣнилось во время невмѣшательства. Случаи этого рода встрѣчаются нерѣдко въ судебной практикѣ и ихъ юридическая характеристика представляется спорною.

Представимъ себѣ, что кто-нибудь, закуривая папиросу, неосторожно бросилъ непогашенную спичку въ кучу стружекъ, затѣмъ, видя, что стружки загорѣлись, имѣя полную возможность потушить пожаръ, умышленно не дѣлаетъ этого и домъ сгораетъ; или, что кто-нибудь, боровшись съ другимъ, уронилъ противника въ канаву, полную воды, а затѣмъ, видя, что упавшій захлебывается, сознательно и волимо не подаетъ ему помощи и упавшій умираетъ; можемъ ли мы, при подобныхъ условіяхъ, не признать наличности умышленнаго поджога или убійства, когда мы имѣемъ въ дѣйствительности не только преступную волю, но и проявленіе этой воли во внѣ? При такомъ рѣшеніи вопроса, характеристика субъективной виновности опредѣляется не по моменту первоначальной дѣятельности, а по моменту невмѣшательства, которое, такимъ образомъ, становится юридическимъ центромъ преступнаго дѣянія.

Такое признаніе подобнаго дѣянія умышленнымъ невмѣшательствомъ, а

---

1) Ср. Binding, Normen, II, § 47: die Schuld scheinbar zur Zeit der That noch nicht vorhanden.; ср. рѣшенія германскаго Reichsgericht 21 Нояб. 1889. (Entsch. XX № 44).

*

не неумышленнымъ причиненіемъ вреда, имѣетъ весьма важныя послѣдствія. На этомъ основаніи, для наказуемости случаевъ этого рода, какъ умышленнаго преступленія, необходимо установленіе не только причинной связи первоначальнаго дѣянія съ преступнымъ результатомъ, но и возможности предупрежденія этого результата, возможности вмѣшательства. Далѣе, такъ какъ юридическое значеніе имѣетъ при этихъ случаяхъ невмѣшательство, а не предшествующая дѣятельность, то, напр., начало теченія давности опредѣляется моментомъ невмѣшательства, а не моментомъ первоначальнаго дѣйствія; участіе другихъ лицъ въ первоначальной дѣятельности будетъ юридически безразличнымъ и т. д.

При этомъ всѣ эти соображенія примѣняются не только въ томъ случаѣ, когда виновный возбудилъ силы природы, а затѣмъ остался бездѣйствующимъ по отношенію къ производимымъ имъ результатамъ, но и въ томъ, когда исполнителемъ является другое лицо, дѣйствовавшее несознательно, подъ вліяніемъ ошибки и т. п.

Кромѣ такой смѣшанной формы существуютъ и случаи простаго невмѣшательства, когда виновный, хотя и стоитъ въ сторонѣ отъ совершающагося событія, возникшаго внѣ всякаго его непосредственнаго участія, но, однако, можетъ своевременнымъ вмѣшательствомъ предупредить преступные результаты. Случаи, сюда относящіеся, весьма разнообразны: сторожъ, поставленный на пожарищѣ для предотвращенія возобновленія пожара, видитъ, что огонь раздувается, и не тушитъ его; хорошій пловецъ, убѣдившій другаго заплыть въ глубину, обѣщая ему помощь въ случаѣ опасности, оставляетъ его намѣренно и тотъ тонетъ; кто-либо, видя утопающаго и имѣя возможность подать ему помощь, не дѣлаетъ этого и т. д., причемъ со стороны субъективной эти разнообразные случаи невмѣшательства могутъ быть результатомъ или злаго умысла, или неосторожности. Вопросъ объ отвѣтственности за подобное невмѣшательство представляется весьма спорнымъ не только на практикѣ, но и въ доктринѣ. Новые западно-европейскіе кодексы не содержатъ въ общей части никакихъ особыхъ постановленій о наказуемости невмѣшательства, предоставляя рѣшеніе случаевъ этого рода доктринѣ и практикѣ. По части же особенной постановленія объ отвѣтственности за неоказаніе помощи погибающему содержитъ голландскій кодексъ (стр. 450), угрожающій арестомъ до 3-хъ мѣсяцевъ или денежнымъ взысканіемъ до 300 гульденовъ тому, кто, будучи свидѣтелемъ внезапно возникшей опасности для жизни какого-либо лица, не оказалъ ему необходимой помощи. Подобное же постановленіе содержитъ и итальянское уложеніе въ ст. 389.

Напротивъ того, въ нашемъ уложеніи о наказ. 1845 г. содержался по этому предмету рядъ указаній не только въ особенной, но и въ общей части. Таковы прежде всего были постановленія о наказуемости попустительства, построенныя на началахъ теоріи общечеловѣческой обязанности помогать ближнему, проведенной, впрочемъ, крайне непослѣдовательно. Попустителемъ признавалось лицо, имѣвшее власть или возможность предупредить совершеніе преступнаго дѣянія, но умышленно или по крайней мѣрѣ завѣдомо допустившее совершеніе онаго. Благодаря такому ограничительному

опредѣленію, если, напр., кто-либо поспѣлъ на мѣсто преступленія уже послѣ того, какъ ударъ былъ нанесенъ и ударившій бѣжалъ, то хотя прибывшій могъ сдѣлать перевязку, помочь подняться и т. д., и не сдѣлалъ этого, а попустилъ причиненіе смерти, онъ все-таки не могъ быть приговоренъ къ отвѣтственности какъ попуститель; или если въ присутствіи кого-либо на ребенка напалъ не преступникъ, а другой ребенокъ или вообще лицо, не обладающее вмѣняемостью, или напала собака, гусыня, и присутствовавшій безъ всякаго труда могъ устранить опасность, но сознательно и волимо не сдѣлалъ этого, и ребенокъ погибъ, то тѣмъ не менѣе виновный не подходилъ подъ понятіе попустительства. Кромѣ того, въ особой части уложенія были помѣщены особыя постановленія объ отвѣтственности за неоказаніе помощи погибающему вообще (ст. 1521 ул. по изд. 1885 г.), когда отъ сей нечувствительности послѣдовала смерть погибавшаго, а въ частности неоказаніе помощи погибающему при кораблекрушеніи (ст. 1208); далѣе, ст. 1209 установляла отвѣтственность за неоказаніе помощи для спасенія грузовъ или товаровъ съ корабля, претерпѣвающаго крушеніе, при чемъ въ послѣднемъ случаѣ назначался, какъ наказаніе, арестъ до 3-хъ мѣсяцевъ, тогда какъ въ первомъ могло быть назначено только церковное покаяніе, такъ что въ результатѣ оказывалось, что неоказаніе помощи тонущей бочкѣ съ саломъ наказывалось въ уголовномъ порядкѣ, а неоказаніе помощи утопающему подлежало только религіозному взысканію. Къ неоказанію помощи погибающему приравнивался и поступокъ лица, случайно находившагося при поединкѣ и не убѣждавшаго противниковъ помириться (ст. 1511).

Эти особыя постановленія о неоказаніи помощи не исключали, какъ постоянно признавала наша практика [1]), возможности примѣненія въ случаяхъ причиненія этимъ способомъ вреда правоохраненному интересу, напр., жизни или здоровью, общихъ постановленій объ убійствѣ или тѣлесныхъ поврежденіяхъ.

Дѣйствующее уложеніе въ общей части не содержитъ никакихъ постановленій о невмѣшательствѣ, такъ что къ случаямъ этого рода, при наличности другихъ условій отвѣтственности, должны быть примѣняемы тѣ же постановленія, какъ и къ преступному содѣянію.

Что касается попытокъ разрѣшенія этого вопроса въ доктринѣ, то онѣ могутъ быть сведены къ двумъ основнымъ типамъ: одни криминалисты признаютъ принципіальное различіе въ условіяхъ отвѣтственности между содѣяніемъ и невмѣшательствомъ, строя послѣднее на принципѣ неисполненія обязанности, другіе сводятъ ихъ къ одному общему началу отвѣтственности за причиненіе вреда. Попытки перваго рода распадаются на два вида: 1) основывающія отвѣтственность на признаніи общечеловѣческой обязанности недопущенія вреднаго результата, и 2) основывающія это положеніе на существованіи спеціальной обязанности только извѣстной группы лицъ.—Попытки второй группы могутъ быть сведены къ тремъ видамъ: 1) признающія основою причиненія самое невмѣшательство; 2) признающія таковою прежнюю дѣятельность

---

1) См. примѣры въ моемъ курсѣ, II № 392 прим. 141.

лица, и 3) вносящія въ понятіе причины вмѣстѣ съ положительною дѣятельностью и самое невмѣшательство, какъ одно изъ условій причиненія [1]).

Начало ученія объ общечеловѣческой обязанности предотвращенія вреда для другихъ, какъ основѣ наказуемости за невмѣшательство, относится еще къ XVI и XVII столѣтіямъ, къ эпохѣ выработки ученія о попустительствѣ, какъ особомъ видѣ отдаленнаго соучастія; но наиболѣе полную обработку получило это воззрѣніе въ трудахъ нѣмецкихъ ученыхъ Штюбеля и, въ особенности, Борста. Борстъ [2]) опредѣляетъ преступное дѣяніе, какъ нарушеніе права, причиняемое или путемъ свободнаго дѣйствованія, или путемъ невоспрепятствованія таковому дѣйствію, а затѣмъ ставитъ вопросъ о приравненіи содѣянія и невмѣшательства другъ къ другу, какъ формъ проявленія виновности.

Большинство писателей, говоритъ онъ (§ 4), опираясь на ученіе Канта о правѣ, утверждаютъ, что изъ естественнаго права нельзя вывести принудительной обязанности защищать другаго отъ правонарушенія, а такая обязанность возникаетъ только на основаніи прямаго указанія закона; но такое положеніе слишкомъ обобщено, такъ какъ вся сущность государства состоитъ въ томъ, что всѣ его сочлены соединяютъ свои силы, чтобы достигнуть того, что недоступно для каждаго въ отдѣльности. Для обезпеченія общественной безопасности недостаточно, чтобы каждый не вредилъ другимъ, не нарушалъ ихъ правъ, а необходимо, чтобы онъ предупреждалъ правонарушенія, принималъ участіе въ охранѣ правъ не только отрицательно, но и положительно. Разумное бытіе государства можетъ быть выведено только изъ идеи взаимопомощи, а не изъ идеи непричиненія вреда другимъ. Практическій разумъ, этотъ источникъ правъ, ставитъ высшій принципъ земной жизни—матеріальное и духовное самоусовершенствованіе каждаго; но въ обществѣ саморазвитіе каждаго возможно только настолько, насколько существуетъ развитіе другихъ, а потому каждый долженъ содѣйствовать развитію другихъ, доставляя и обезпечивая имъ свободу и возможность развитія. Эта обязанность—юридическая и на ней покоится обязанность предотвращать зло, грозящее отдѣльнымъ лицамъ, и, слѣдовательно, основаніе наказуемости невмѣшательства. Такимъ образомъ, по этому взгляду, тотъ, кто умышленно далъ другому ядъ, и тотъ, кто не далъ умирающему съ голоду кусокъ хлѣба, одинаково нарушаютъ норму «не убей», одинаково должны быть признаны убійцами [3]).

Но имѣетъ ли такое положеніе точку опоры въ условіяхъ современной жизни? Въ области проявленія личныхъ интересовъ мы встрѣтимъ развѣ самые слабые проблески принципа взаимной помощи, подавленнаго господствомъ всесильнаго эгоизма. Можно, конечно, находить такой порядокъ вещей непормальнымъ, можно мечтать о перестройкѣ общества на основаніи принципа любви; но игнорировать современныя условія жизни, при конструкціи правовыхъ институтовъ, невозможно; мало того, даже и при иныхъ соціальныхъ условіяхъ жизни, мы не можемъ поставить наравнѣ положительныя и отрицательныя условія совмѣстнаго жительства. Начало «не вреди никому» укладывается въ опредѣленныя юридическія формулы, а начало «помогай ближнему» является крайне неопредѣленнымъ, растяжимымъ и допускаетъ юридическую формулировку только въ ограниченномъ размѣрѣ.

Вмѣстѣ съ тѣмъ эта доктрина вовсе не касалась различія этихъ двухъ велѣній съ точки зрѣнія отношенія ихъ къ самому вредоносному послѣдствію, какъ бы предполагая

---

1) Ср. исторію вопроса у Glaser, стр. 324—402; мой курсъ, II, №№ 380 и сл.; подробный обзоръ теорій невмѣшательства дѣлаетъ также Rohland, въ его монографіи.

2) Въ его статьѣ: Ueber die Theilnahme an einem Verbrechen, въ архивѣ уголовнаго права, B. VII, стр. 670—706; Stübel, Thatbestand, 1805 г. §§ 43—54.

3) Эта доктрина находитъ подкрѣпленіе и въ нѣкоторыхъ уголовныхъ законоположеніяхъ XVII и XVIII стол., не отдѣлявшихъ содѣянія отъ бездѣйствія и допускавшихъ въ отношеніи послѣдняго, напр., при убійствѣ, только нѣкоторое уменьшеніе отвѣтственности. Ср. Liszt. Указанія на признаніе во французскомъ обычномъ правѣ начала: «qui peut et n'empêche — pèche» см. у Garraud, № 80 прим. 3.

несомнѣннымъ существованіе причинной связи въ обоихъ случаяхъ. Такъ и наше уложеніе 1845 года, наказывая попустителей, не вступавшихъ ни въ какое соглашеніе съ соучастниками, не содержало указаній на соотношеніе ихъ бездѣйствія съ наступившимъ преступнымъ послѣдствіемъ, хотя и ставило ихъ отвѣтственность въ зависимость отъ свойства и объема преступнаго посягательства, учиненнаго не остановленнымъ ими преступникомъ. Въ ст. же 1521, говоря о наказаніи за неоказаніе помощи, уложеніе, хотя и ставило условіемъ отвѣтственности, когда отъ сей нечувствительности или небреженія оставленному безъ помощи послѣдуетъ смерть, но этимъ чувствительнымъ выраженіемъ возлагало только на практику крайне трудную задачу установленія причинной связи между нечувствительностью и смертью.

Теорія наказуемости всякаго невмѣшательства, съ ея попыткою замѣнить эгоистическій принципъ права началомъ взаимопомощи, господствовала недолго [1]). На смѣну ея явилась другая попытка того же направленія, видѣвшая основаніе наказуемости невмѣшательства не въ нарушеніи общечеловѣческой обязанности, а въ нарушеніи обязанности спеціальной. Взглядъ этотъ былъ высказанъ еще Фейербахомъ, а болѣе подробно мотивированъ Шпангенбергомъ [2]).

Основной принципъ права, говоритъ Шпангенбергъ, это обязанность не вредить другимъ, и только въ исключительныхъ случаяхъ, по особому юридическому основанію, преступнымъ можетъ быть признано и неисполненіе извѣстныхъ дѣйствій. Поэтому для наказуемости невмѣшательства необходимо: а) бытіе особенной обязанности дѣйствовать, б) нарушеніе этой обязанности бездѣйствіемъ и в) возникновеніе, въ силу этого бездѣйствія, вреда для того, кто имѣлъ право требовать дѣйствія.

Источники же этой обязанности трояки: 1) положительные законы, особенно полицейскіе; 2) юридическія отношенія, возникающія между лицами, соединенными, въ силу закона, особеннымъ внутреннимъ союзомъ, какъ бракъ, прямое родство, опека; въ римскомъ правѣ—рабство; въ феодальныхъ государствахъ—вассальныя отношенія; 3) договоръ, въ особенности служебный, договоръ чиновниковъ, договоръ юридическихъ лицъ съ частными и частныхъ лицъ между собою, причемъ договоръ долженъ быть точенъ и опредѣлителенъ.

Такимъ образомъ, если, положимъ, ребенокъ упалъ въ неглубокую канаву и тонетъ, то находившійся около человѣкъ, который не нагнулся и не подалъ ему руки, не наказуемъ, а стоящій рядомъ съ нимъ служитель рѣчной полиціи, не оказавшій помощи, не только наказуемъ за неисполненіе своей обязанности, но отвѣчаетъ и за умышленное или неосторожное лишеніе жизни утонувшаго. Но эта теорія, давая основаніе для наказуемости преступнаго бездѣйствія въ тѣсномъ смыслѣ (delictum omissionis), не даетъ въ дѣйствительности таковаго для преступнаго невмѣшательства, для коего необходимо не одно нарушеніе обязанности, но причиненіе вреда или опасности; по этой теоріи бездѣйствіе нужно признать преступленіемъ, потому что оно не соотвѣтствуетъ обязанностямъ, а между тѣмъ съ жизненной точки зрѣнія оно потому и становится нарушеніемъ обязанности, что обусловливаетъ наступленіе вреда [3]). Кромѣ того, въ тѣхъ случаяхъ, когда законъ, установляя отвѣтственность за бездѣйствіе извѣстной группы лицъ (напр., по нашему уложенію 1845 г. за бездѣйствіе служащихъ вообще) или за отдѣльные конкретные случаи таковаго бездѣйствія, ставитъ условіемъ, опредѣляющимъ мѣру отвѣтственности, а иногда и самую отвѣтственность, наступленіе болѣе или менѣе конкретно опредѣленнаго послѣдствія. Одно указаніе на нарушеніе обязанности, очевидно, не достаточно, а необходимо въ силу закона

---

1) Даже самъ Stübel, въ позднѣйшемъ своемъ трудѣ о соучастіи, 1826 г., отказался отъ своего первоначальнаго взгляда.

2) Feuerbach, Lehrbuch, §§ 24 и 49; Spangenberg въ статьѣ Ueber die Unterlassungsverbrechen, въ Archiv IV, стр. 527 и сл. До послѣдняго времени это воззрѣніе господствовало въ Германіи. Ср. Glaser, Abhandlungen, стр. 378; указанія изъ партикулярныхъ нѣмецкихъ кодексовъ у Köstlin'a, § 80 пр. 7.

3) Ср. разборъ теоріи Spangenberg у Luden, Abhandlungen aus dem Strafrechte, II стр. 231 и сл.

признаніе извѣстнаго соотношенія и послѣдовательности событій, признаніе причинной связи этихъ событій.

Совершенно иную постановку вопроса дѣлаетъ теорія, отыскивающая основаніе отвѣтственности за невмѣшательство въ существованіи причинной связи между поступкомъ виновнаго и преступнымъ результатомъ, хотя самое понятіе причиненія чего-либо невмѣшательствомъ установляется весьма различно [1]).

Прежде всего, основу причинности пытаются найти въ самомъ невмѣшательствѣ [2]). Если, выражаясь образно, валъ въ органѣ, вмѣсто мелодіи, вызвалъ дисгармоническій звукъ, то причиною дисгармоніи можетъ быть какъ то, что одинъ изъ шпиньковъ, загнувшись, задѣлъ не тотъ молоточекъ, такъ и то, что одинъ изъ шпиньковъ стерся и не задѣлъ соотвѣтствующаго молоточка, отчего въ общемъ аккордѣ недостало извѣстнаго звука и гармонія была нарушена; житейскій языкъ не затруднится назвать это бездѣйствіе, эту порчу причиною дисгармоніи. Такъ же, казалось бы, можно поставить этотъ вопросъ и въ правѣ, въ особенности, напр., при преступномъ бездѣйствіи въ тѣсномъ смыслѣ, такъ какъ неисполненіе закона требовательнаго можетъ быть наказуемо въ виду вреда, возникающаго отъ этого для общества и государства: неплатежъ податей, уклоненіе отъ исполненія воинской повинности—причиняютъ прямой ущербъ государственной казнѣ и государственнымъ оборонительнымъ силамъ; неявка свидѣтеля можетъ вызвать отсрочку засѣданія и, слѣдовательно, ущербъ правосудію и т. д. Аналогично разрѣшается по этому воззрѣнію и вопросъ о невмѣшательствѣ: виновный въ невмѣшательствѣ отвѣчаетъ, какъ скоро оно было причиною возникновенія преступнаго результата [3]). Но здѣсь-то и обнаруживается различіе между преступнымъ опущеніемъ и невмѣшательствомъ: въ первомъ случаѣ возможность причиненія опредѣляется только составомъ преступнаго дѣянія, волею закона, а во второмъ—наличность этого условія можно вывести лишь изъ обстановки невмѣшательства, т. е. изъ физическаго и юридическаго значенія обстоятельствъ, ему сопутствовавшихъ или предшествовавшихъ, будетъ ли такимъ предшествующимъ учиненіе извѣстнаго дѣянія или принятіе извѣстной обязанности. Поломка и укороченіе не всякаго шпинька можетъ вызвать дисгармонію, а только поломка того шпинька, который насаженъ на валикъ съ тѣмъ, чтобы въ извѣстный моментъ его оборота задѣть или нажать извѣстный молоточекъ, котораго дѣятельность входила какъ условіе въ гармоническое сочетаніе звуковъ, и только потому недѣятельность шпинька, невмѣшательство его и вызвало дисгармонію.

Такимъ образомъ, естественно мы переходимъ къ группѣ теорій, основывающихъ отвѣтственность за невмѣшательство на свойствахъ положительной дѣятельности лица невмѣшавшагося.

Основанія этого взгляда указаны были еще Люденомъ [4]), а болѣе подробно развиты въ трудахъ Глазера и Круга.

Невмѣшательство, само по себѣ, говорили родоначальники этой теоріи, не можетъ быть причиною какого-либо результата, такъ какъ изъ ничего не произойдетъ что-либо, а между тѣмъ для вмѣненія лицу нарушенія какого-либо запрета необходимо доказать, что это нарушеніе было причинено лицомъ; такимъ образомъ, невмѣшательство можетъ стать

---

1) Rohland дѣлитъ теоріи причинности на 3 вида: 1) невмѣшательство какъ причина; 2) положительная дѣятельность какъ причина, и 3) невмѣшательство какъ уничтоженіе задерживающихъ условій.

2) W. Rohland, Festrede, 1885 г., стр. 10; философскія основы теоріи Rohland'a у Sigwardt, Begriff des Wollens und sein Verhältniss zum Begriff der Ursache, 1879 г.; къ этому же воззрѣнію относятся Haupt, в. с., Schütze, стр. 102, Landsberg, в. с.

3) Rohland ограничивается въ этомъ отношеніи только установленіемъ аналогіи между нарушеніемъ запретительнаго закона путемъ невмѣшательства и требовательнаго закона путемъ содѣянія.

4) Abhandlungen aus dem Strafrechte, I, стр. 467 и сл.; II, стр. 219. Разборъ его теоріи у Glaser, стр. 379—390. Ср. также мой курсъ, II, № 386.; Rohland, стр. 4 прим. 1, указываетъ, что тѣ же начала задолго до Людена были развиты датскимъ криминалистомъ Oersted, въ его сочиненіи Ueber die Grundregeln der Strafgesetzgebung, 1818.

въ причинное отношеніе къ результату, только благодаря своей связи съ какою-либо положительною дѣятельностью.

По теоріи Людена (Theorie des Andershandelns) причиненіе лежитъ въ дѣятельности, одновременной съ бездѣйствіемъ, такъ какъ мы не можемъ себѣ представить человѣка абсолютно бездѣйствующимъ, хотя бы это было удаленіе отъ мѣста, даже просто взираніе (Zusehen), такъ что, какъ замѣчаетъ Кругъ, если нянька, не подавшая помощи упавшему въ воду ребенку, въ то время вязала чулокъ, то вязаніе чулка по этой теоріи должно быть признано причиною смерти ребенка.

По теоріи Круга и Глазера, основою причиненія является дѣятельность, предшествовавшая невмѣшательству, и притомъ такая, которая заключала въ себѣ обязанность что-либо сдѣлать или отъ чего-либо воздержаться.

На этомъ основаніи, если кто-нибудь подходитъ къ пруду, видитъ тамъ утопающаго, можетъ его спасти и умышленно не оказываетъ помощи, или если нянька пустила ввѣреннаго ей ребенка играть около пруда, тотъ упалъ въ воду, нянька могла спасти его, но умышленно не подала помощи, то неоказавшій помощи въ первомъ примѣрѣ уголовно не отвѣчаетъ, а нянька подлежитъ наказанію за умышленное убійство. Но какое же основаніе такого различія? Въ первомъ примѣрѣ нѣтъ никакой объективной связи лица съ происшедшимъ вредомъ, а во второмъ—такая связь существуетъ. Только благодаря тому, что нянька находилась при ребенкѣ онъ попалъ къ пруду и оказался въ томъ опасномъ положеніи, которое кончилось его смертью, а потому невмѣшательство няньки находится въ причинномъ отношеніи къ смерти.

По этимъ же соображеніямъ разрѣшаетъ разсматриваемая теорія и другіе случаи, въ которыхъ лицо ставится въ причинное отношеніе къ возникшему вреду, благодаря неисполненію договора или какой-либо спеціальной обязанности.

Такимъ образомъ, отвѣчаетъ, напр., городовой, приставленный къ спуску черезъ рѣку въ виду образованія на ней зажоръ, не предупредившій объ опасности проходившее лицо, которое и потонуло; отвѣчаетъ начальникъ желѣзнодорожной станціи, отправившій поѣздъ безъ звонка, свистка, или иныхъ мѣръ предосторожности, если, благодаря этому, погибъ или пострадалъ кто-либо изъ пассажировъ или служащихъ по эксплоатаціи; отвѣчаетъ староста или смотритель тюрьмы, не дававшій арестанту пищи, такъ что арестантъ умеръ съ голоду и т. д.

Однимъ словомъ, всякое лицо отвѣчаетъ за нарушеніе какого-либо запрета, какъ скоро оно создало такое положеніе вещей, которое обязывало его къ дальнѣйшему вмѣшательству, и самое воспрепятствованіе наступленію вредныхъ результатовъ было возможно. При подобныхъ условіяхъ невмѣшательство есть нарушеніе не только моральной, но и юридической обязанности не вредить другимъ. Если же между бездѣйствіемъ обвиняемаго и смертью лица нельзя отыскать причиннаго соотношенія, даже и въ формѣ, выше указанной, то какъ бы ни было безнравственно поведеніе лица, оно не дѣлаетъ его уголовно отвѣтственнымъ за невмѣшательство, такъ какъ современное право не признаетъ общей юридической обязанности каждаго лица предупреждать нарушенія правъ другихъ [1]).

Этими попытками былъ намѣченъ путь и всѣ дальнѣйшія работы должны были быть направлены къ болѣе точному выясненію тѣхъ условій, при наличности коихъ дѣятельность какого-либо лица, выразившаяся между прочимъ и въ принятіи имъ на себя извѣстной обязанности или порученія, создаетъ причинное отношеніе между его позднѣйшимъ невмѣшательствомъ и послѣдствіемъ.

Но, прежде всего, при такой постановкѣ, не утрачиваетъ ли значенія самый вопросъ о невмѣшательствѣ, такъ какъ между содѣяніемъ и невмѣшательствомъ не оказывается родоваго различія, а наоборотъ, между ними являются промежуточныя формы, въ силу чего попытки установленія видовыхъ границъ являются крайне шаткими? Къ такому выводу приходитъ, между прочимъ, одинъ изъ нашихъ криминалистовъ, проф. Фойницкій [2]), по мнѣнію котораго наука должна совершенно вычеркнуть преступное бездѣйствіе, какъ самостоятельную форму преступленія. Но съ такимъ положеніемъ согласиться нельзя; уже

---

1) Изложеніе и разборъ теоріи Глазера у Rohland, 1887 г., стр. 14.

2) Мошенничество по русскому праву, № 62.

выше. при анализѣ смѣшанныхъ формъ дѣятельности, я указалъ на такіе случаи, когда юридическій центръ переносится на моментъ невмѣшательства, а въ чистыхъ формахъ такое перенесеніе существуетъ всегда и безусловно; какую бы зависимость невмѣшательства отъ первоначальной дѣятельности виновнаго ни положили мы въ основу теоріи невмѣшательства, во всякомъ случаѣ, можно сказать, главная роль при установленіи уголовной отвѣтственности принадлежитъ не первоначальной дѣятельности, а невмѣшательству; имъ опредѣляется существо вмѣняемаго лицу преступнаго дѣянія, свойство субъективной виновности и т. д. [1]).

На этомъ же основаніи представляется неудачной первая группа поправокъ глазеровской доктрины поставленіемъ въ зависимость причинности и наказуемости невмѣшательства отъ субъективныхъ условій первоначальной дѣятельности, какъ это пытается, напр., сдѣлать Меркель [2]), считая необходимымъ условіемъ отвѣтственности предвидѣніе, въ моментъ первоначальной дѣятельности, значенія своего позднѣйшаго невмѣшательства для интересовъ частныхъ и общественныхъ. Почему необходимо это условіе, почему мы можемъ произвольно останавливаться на полдорогѣ, а не требовать уже и въ этотъ первый моментъ полной субъективной виновности? Съ практической же стороны придется, при примѣненіи этого взгляда, прибѣгать къ невѣрнымъ и ненужнымъ презумпціямъ: какъ будемъ мы утверждать, что нянька, нанявшаяся къ грудному ребенку, предвидѣла уже въ этотъ моментъ случай паденія ребенка въ воду и необходимость ея помощи? Если же мы вмѣсто подобнаго предположенія поставимъ возможность таковаго, то все ограниченіе становится мнимымъ. Кромѣ того, опасность можетъ быть создаваема не дѣйствіями человѣка, а, напр., силами природы, когда на лицѣ лежитъ только обязанность, давъ другое направленіе дѣйствію силъ, устранить тотъ вредоносный результатъ, опасность наступленія коего возникла или можетъ возникнуть [3]).

Исправленіе глазеровской теоріи, такимъ образомъ, должно быть направлено на опредѣленіе условій объективнаго соотношенія дѣятельности и результата. По теоріи Глазера, для отвѣтственности за невмѣшательство необходимо, чтобы самая первоначальная дѣятельность, напр., поступленіе на службу, создала уже то опасное положеніе, которое окончилось правонарушительнымъ результатомъ. Но такое положеніе представляется неточнымъ: можемъ ли мы дѣйствительно сказать, что опытный машинистъ, поступая на службу, взамѣнъ какого-либо пьяницы, создаетъ опасное положеніе для каждаго поѣзда, на которомъ онъ будетъ исполнять свои обязанности? Да и какое значеніе имѣетъ эта характеристика первоначальной дѣятельности, какъ опасной или неправомѣрной (по теоріи Бури), когда центръ виновности и отвѣтственности заключается въ позднѣйшемъ невмѣшательствѣ, и притомъ не только съ субъективной, но и въ извѣстномъ отношеніи и съ объективной стороны.

Такую поправку даетъ третья группа теорій, представительницею которой можетъ

---

1) Ср. о практическомъ и теоретическомъ значеніи вопроса о невмѣшательствѣ у Landsberg, в. с., I, Die Fragen.

2) Abhandlungen, I, стр. 81. Разборъ его теоріи въ статьѣ Buri, въ G. за 1869 г. и у Binding'a, Normen, II, стр. 213 и сл.; въ Lehrbuch, § 41, Merkel значительно уменьшаетъ значеніе этого субъективнаго условія. Извѣстныя дѣйствія, говоритъ онъ, получаютъ характеръ правомѣрности только при одномъ предположеніи, что имъ предшествуетъ, ихъ сопровождаетъ или за ними слѣдуетъ извѣстное другое дѣйствіе; на этомъ основномъ положеніи покоится и отвѣтственность за невмѣшательство, наступающая, какъ скоро вмѣшательство являлось дополнительнымъ условіемъ правомѣрности предшествующей дѣятельности, какъ скоро обязанность къ такому вмѣшательству лежала въ самой этой дѣятельности. При этихъ условіяхъ причиною извѣстнаго правонарушительнаго послѣдствія является предшествующая дѣятельность съ дополняющимъ его условіемъ вмѣшательства. Но при этомъ, разумѣется, предполагается наличность общихъ условій отвѣтственности за послѣдствія дѣйствій; поэтому отвѣтственность за невмѣшательство предполагаетъ наступленіе такихъ условій, которыя уже во время первоначальной дѣятельности можно было предвидѣть, а не такихъ, которыя потомъ случайно къ ней присоединились.

3) О разновидностяхъ теоріи Глазера у Бара и Гейера, см. Rohland, 1887 г. §§ 6 и 7.

быть названа теорія Биндинга [1]), въ общихъ чертахъ сводящаяся къ слѣдующимъ положеніямъ. Для отвѣтственности за невмѣшательство необходима наличность условій, относящихся къ первоначальной дѣятельности, къ невмѣшательству и къ волѣ невмѣшавшагося. Что касается, впрочемъ, послѣдняго условія, то оно сводится къ требованію, чтобы наличность субъективной вины (умысла или неосторожности) существовала въ моментъ невмѣшательства, безотносительно къ тому, какъ характеризуется это условіе при первоначальной дѣятельности. Эта дѣятельность, не будучи непосредственною причиною результата, должна состоять въ томъ, что ею дѣйствующій ставитъ себя условіемъ, предназначеннымъ воспрепятствовать позднѣе, при извѣстныхъ данныхъ, наступленію вреднаго результата (стр. 228) задержаніемъ содѣйствующихъ ему силъ [2]), при чемъ такое поставленіе себя условіемъ можетъ быть учинено различнымъ путемъ, а въ томъ числѣ рѣшимостью противодѣйствовать. Невмѣшательство, такимъ образомъ, является устраненіемъ прежде поставленнаго препятствующаго условія и, тѣмъ самымъ, доставленіемъ возможности дѣйствовать другимъ, содѣйствующимъ возникновенію результата условіямъ, такъ что въ невмѣшательствѣ скрывается положительное причиняющее дѣйствіе; а такъ какъ причиненіе можетъ заключаться не только въ созданіи условій содѣйствующихъ проявленію силы, но и въ устраненіи препятствій для такого проявленія, то невмѣшательство можетъ разсматриваться, какъ причиненіе вреда.

Это построеніе, вѣрное по своимъ основаніямъ, представляется нѣсколько неточнымъ въ своемъ развитіи. Стрѣлочникъ поступаетъ на службу не для того, чтобы предупреждать крушенія, а для того, чтобы содѣйствовать движенію, эксплуатаціи дороги; точно также и практическая сущность невмѣшательства заключается не въ томъ, что устраняется условіе, противодѣйствующее наступленію результата (рѣшимость предупреждать вредъ), а тѣмъ, что не устраняется условіе, содѣйствующее вреду, и поѣздъ сходитъ съ рельсовъ не потому, что сторожъ рѣшился не исполнять своей обязанности, а потому, что камень остался на рельсахъ.

Я съ своей стороны полагаю, что отвѣтственность за невмѣшательство, какъ въ смѣшанной, такъ и въ чистой его формѣ, должна имѣть основаніемъ причинное отношеніе невмѣшательства къ возникшему преступному посягательству, къ созданію опасности или вреда для правоохраненнаго интереса. Причиною же можетъ быть признаваемо, при обстоятельствахъ, ниже указанныхъ, каждое условіе, вызывающее, содѣйствующее или измѣняющее направленіе, останавливающее или прекращающее послѣдовательное теченіе событій, какъ продукта взаимодѣйствія силъ. Въ частности дѣйствія человѣка могутъ быть причиною событія не только тогда, когда они вызываютъ къ дѣйствію силу, его созидающую, но и въ томъ случаѣ, когда они прекращаютъ дѣйствіе силы, препятствующей его возникновенію; не только тогда, когда они создаютъ условія, направляющія и содѣйствующія извѣстной силѣ, но и въ томъ случаѣ, когда они устраняютъ условія, препятствовавшія силѣ принять извѣстное направленіе или затруднявшія успѣшность ея дѣйствія. Невмѣша-

---

1) Normen, II, § 48, Die sogenannte Kommissivdelicte durch Unterlassung. Подробное изложеніе и разборъ его теоріи у Н. Сергѣевскаго, Причинная связь, II, стр. 139—160; Rohland, стр. 60—94; на тѣхъ же началахъ строитъ свое ученіе и Н. Сергѣевскій, I, стр. 94 и сл. Къ теоріи Биндинга примкнулъ въ послѣднемъ своемъ трудѣ и Hälschner, Gem. deutsche Strafrecht, стр. 258 и сл.; Horn, Kausalitätsbegriff, стр. 85.

2) Binding, Normen, II, 238, говоритъ: виновный не только ставитъ себя препятствующимъ условіемъ, но: а) или вмѣстѣ съ тѣмъ создаетъ положительныя условія для этого результата (обѣщаясь спасти, побуждаетъ плыть въ глубину); б) или устраняетъ другія препятствующія условія (побуждаетъ сторожа уйти съ мѣста); в) или устраняетъ возможность возникновенія препятствующаго условія (устраняетъ, напр., необходимость приглашенія другаго врача).

тельство и есть устраненіе силы, противодѣйствующей наступленію послѣдствія путемъ ея прекращенія или невозбужденія. При вмѣшательствѣ происходящая цѣпь причинностей дала бы результатъ А, при невмѣшательствѣ она даетъ результатъ Б, и какъ вмѣшавшійся можетъ быть признанъ причиною результата А, такъ невмѣшавшійся—причиною результата Б, и притомъ, при наличности другихъ условій, уголовно отвѣтственнымъ за этотъ послѣдній результатъ.

Если у входа изъ рѣки въ каналъ поставленъ автоматическій приборъ, замыкающій или размыкающій шлюзъ, какъ скоро вода въ рѣкѣ поднялась выше извѣстнаго уровня, то пока приборъ дѣйствуетъ правильно, онъ устраняетъ переполненіе канала и предупреждаетъ возможное наводненіе, а вмѣстѣ съ симъ истребленіе или поврежденіе имущества прибрежныхъ владѣльцевъ. Приборъ испортился, шлюзъ не замкнутъ, каналъ переполненъ и залилъ окрестности; очевидно, что какъ дѣйствіе прибора можетъ быть названо причиною неразлитія воды, такъ порча его, вызвавшая бездѣйствіе приспособленія, является причиною разлитія воды, причемъ, конечно, безразлично, переставалъ ли приборъ дѣйствовать при самомъ началѣ повышенія воды въ рѣкѣ, или же онъ дѣйствовалъ нѣкоторое время и потомъ механизмъ испортился и преграда опустилась или разомкнулась. Но условія причиненія не измѣнятся, если мы на мѣстѣ прибора поставимъ сторожа, а порчу замѣнимъ виною: незакрытіе имъ во-время шлюза останется причиною наводненія. Но необходимо лишь одно, чтобы онъ, какъ и приборъ, былъ поставленъ въ опредѣленномъ мѣстѣ и долженъ былъ при извѣстныхъ условіяхъ или въ опредѣленное время учинить извѣстное дѣйствіе, направленное къ устраненію того результата, который мы при отсутствіи его вмѣшательства вмѣняемъ ему въ вину, чтобы онъ былъ именно тѣмъ испортившимся шпинькомъ, который на жизненномъ валикѣ долженъ былъ нажать молоточекъ и тѣмъ произвести эффектъ, необходимый для полноты и гармоніи звуковъ.

Такимъ образомъ, для отвѣтственности за невмѣшательство необходимо установить, что невмѣшавшійся своею предшествующею дѣятельностью [1]), исполненіемъ извѣстныхъ обязанностей, вытекающихъ изъ его семейнаго, общественнаго или государственнаго положенія, изъ самаго рода его занятій, изъ заключеннаго имъ договора [2]), или даже въ силу даннаго обѣщанія, соз-

[1]) Ср. H. Meyer, § 29, прим. 10; то же Binding, Hälschner, Ianka, Bünger, въ особенности Hess, в. с. II, Verursachung durch Unterlassung; противнаго мнѣнія—допускающаго отвѣтственность лишь за невмѣшательство, нарушающее лежащія на виновномъ обязанности—изъ новыхъ криминалистовъ Schütze, Landsberg. Листъ въ первыхъ изданіяхъ своего учебника обосновывалъ отвѣтственность на наличности причинныхъ отношеній невмѣшательства къ преступному результату, но въ седьмомъ изданіи (стр. 115) слова высказываетъ положеніе о невозможности причинной связи въ случаяхъ этого рода, называя этотъ взглядъ самоновѣйшимъ, по которому наравнѣ съ причиняющимъ тѣлеснымъ движеніемъ должно быть постановлено непричиняющее невмѣшательство, какъ особая форма преступнаго дѣянія, причемъ основою отвѣтственности за таковое можетъ быть или прямое указаніе закона или созданная предшествующею дѣятельностью обязанность къ дальнѣйшему вмѣшательству. Онъ, впрочемъ, прибавляетъ, что для уголовнаго права важно не то, когда невоспрепятствованіе послѣдствія можетъ почитаться равнымъ съ его учиненіемъ, а то, при какихъ условіяхъ можетъ быть наказуемо невмѣшательство, и на это, по его мнѣнію, достаточный отвѣтъ даетъ и его постановка вопроса.

[2]) См. разборъ этого весьма спорнаго вопроса у Landsberg в. с. стр. 249.

далъ съ точки зрѣнія субъективной—обязанность, а съ точки зрѣнія объективной—необходимость дальнѣйшей опредѣленной дѣятельности: рулевой долженъ въ извѣстный моментъ повертывать руль направо или налѣво; человѣкъ, несущій на головѣ тяжесть, долженъ поддерживать ее, стараясь соблюсти равновѣсіе; мамка должна кормить ребенка; нянька, провожая малютку, оберегать его отъ вреда и т. д.

Это вмѣшательство, это обязательное приложеніе личныхъ силъ можетъ находиться или въ непрерывной цѣпи причинностей съ первоначальною дѣятельностью,—когда, напр., извозчикъ, взявшійся довезти меня до извѣстнаго пункта, долженъ не только дать направленіе своей лошади, но въ извѣстный моментъ перемѣнить это направленіе, повернуть въ улицу, остановиться, или же это вмѣшательство можетъ отдѣляться отъ первоначальнаго дѣйствія болѣе или менѣе значительнымъ промежуткомъ времени, принадлежать къ иной самостоятельной цѣпи причинностей; это вмѣшательство можетъ быть однократное и многократное; въ послѣднемъ случаѣ оно можетъ быть однородное (переводъ стрѣлки), или разнородное (заботы няньки о ребенкѣ), съ точностью опредѣленное или неопредѣленное a priori и т. д.

Такимъ образомъ, въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ необходимо съ точностью выяснить, что существовало какое-либо событіе, установившее, соотвѣтственно преемственной цѣпи событій, обязанность вмѣшательства, что эта обязанность существовала именно въ данный моментъ, что, однимъ словомъ, существовала наличность всѣхъ условій, требующихъ вмѣшательства.

Вмѣшательство сдѣлало бы данное лицо причиною извѣстнаго явленія въ томъ видѣ, какъ оно предполагалось, долженствовало быть; невмѣшательство дѣлаетъ его причиною явленія въ томъ видѣ, какъ оно не предполагалось, не долженствовало быть. Если въ этомъ послѣднемъ случаѣ происшедшее, благодаря невмѣшательству, явленіе имѣетъ преступный характеръ, то возникаетъ вопросъ объ отвѣтственности лица не только за то, что онъ не исполнилъ обязанности, на немъ лежащей, но и за то послѣдствіе, которое при этомъ произошло.

Далѣе, при невмѣшательствѣ, какъ и при преступномъ содѣяніи, за установленіемъ вопроса о причинномъ соотношеніи невмѣшательства и результатовъ, возникаетъ вопросъ о субъективной виновности лица въ моментъ невмѣшательства; поэтому каждый разъ нужно установить, было ли это лицо дѣеспособно, не было ли условій, устраняющихъ вмѣненіе (напр., vis major), не было ли причинъ, устраняющихъ преступность (исполненіе закона, обязательный приказъ, крайняя необходимость), была ли наличность условій, опредѣляющихъ умышленность и неосторожность и т. д., причемъ къ этому субъективному моменту невмѣшательства относится и установленіе самой возможности предупрежденія результатовъ.

Такимъ образомъ, невмѣшательство можетъ являться самостоятельнымъ способомъ нарушенія запретительныхъ законовъ; но оно тогда только является наказуемымъ, когда, благодаря ему, лицо становится причиною (въ вышеуказанномъ смыслѣ) явленія и когда въ моментъ невмѣшательства существуютъ субъективныя условія виновности.

155. Но, независимо отъ дѣятельности виновнаго, понятіе о преступномъ дѣяніи, какъ о посягательствѣ на норму въ ея реальномъ бытіи, можетъ совмѣщать въ себѣ извѣстныя послѣдствія этой дѣятельности, причемъ весьма многіе, въ особенности нѣмецкіе криминалисты, вносятъ это наступленіе послѣдствій въ самое понятіе преступнаго дѣянія, какъ его необходимое условіе [1]). Послѣдняя постановка вопроса можетъ, однако, привести къ существеннымъ недоразумѣніямъ. Если, конечно, понимать подъ послѣдствіями преступной дѣятельности самое посягательство на правовую норму, самое поврежденіе правоохраненнаго интереса или поставленіе его въ опасность, то такое идеальное послѣдствіе присуще всякому преступному посягательству [2]) и притомъ не только содѣянію, но и бездѣйствію, но тогда этотъ признакъ теряетъ практическое значеніе, да къ тому же и сторонники разбираемаго мнѣнія подъ выраженіемъ «результатъ» преступной дѣятельности подразумѣваютъ, какъ я указывалъ, именно матеріальное измѣненіе внѣшняго міра.

Далѣе, конечно, нельзя не имѣть въ виду, что, съ физической точки зрѣнія, можно утверждать, что нѣтъ и не можетъ быть такого проявленія во внѣ нашихъ силъ, которое не сопровождалось бы цѣлыми міріадами измѣненій во внѣшнемъ мірѣ: иное представленіе противорѣчило бы самому понятію о дѣятельности въ сферѣ конечныхъ явленій, не соотвѣтствовало бы основному закону міросданія—закону причинности, а потому, естественно, мы не можемъ себѣ представить какого-либо человѣческаго дѣйствія, которое бы не сопровождалось измѣненіями внѣшняго міра. Но не надо забывать, что право уголовное, говоря о преступномъ дѣйствіи и его послѣдствіяхъ, имѣетъ въ виду только тѣ проявленія человѣческой дѣятельности во внѣ, которыя имѣютъ юридическое значеніе. Поэтому преступное дѣяніе, какъ техническое понятіе, объемлетъ какъ тѣ посягательства, въ коихъ для полноты состава предполагаютъ и дѣйствіе и результатъ, такъ и тѣ, въ коихъ послѣдствіе не имѣетъ значенія. Сообразно сему, мы видимъ во всѣхъ современныхъ кодексахъ, что вредоносныя или опасныя содѣянія или бездѣйствія являются

---

1) Сущность преступнаго дѣянія, говоритъ Листъ, § 23 (5 изд.), обусловливающая наступленіе юридическихъ его послѣдствій, т. е. наказанія, заключается всегда въ имѣющихъ юридическое значеніе фактахъ, т. е. въ чувственно воспринимаемыхъ *измѣненіяхъ внѣшняго міра.* Такими фактами могутъ быть или событія (Ereignisse) или *дѣянія*, т. е. измѣненія внѣшняго міра, вызываемыя человѣческою волею. Фактическими основаніями для примѣненія наказанія всегда являются дѣянія и никогда событія. Преступленіе такимъ образомъ есть дѣяніе и можетъ заключаться или въ содѣяніи (Thun) или въ бездѣйствіи; никакое дѣяніе, никакая неправда, никакое преступленіе не могутъ быть безъ измѣненія во внѣшнемъ мірѣ, безъ послѣдствія (7 изд. § 27). Такое же начало защищаетъ Hälschner, въ System, Zittelmann въ его трудѣ Irrthum und Rechtsgeschäft, 1879, и въ особенности Berkmeyer, § 39. Janka, § 37, возражая противъ этого положенія, справедливо говоритъ—послѣдствіе, какъ результатъ дѣйствія, по необходимости лежитъ внѣ онаго, а въ дѣйствіи заключаются только его зародыши, причиняющія его силы.

2) Французскіе криминалисты, говоря о вредныхъ послѣдствіяхъ преступныхъ дѣяній, различаютъ вредъ прямой и непрямой; подъ первымъ они понимаютъ непосредственно вредные результаты дѣянія, а подъ послѣднимъ главнымъ образомъ вредъ, причиняемый обществу. Между послѣдствіями непосредственными они далѣе различаютъ: послѣдствія матеріальныя, напр., при убійствѣ, лишеніи свободы; результаты моральные—при прелюбодѣяніи, многобрачіи, словесныхъ обидахъ, и смѣшанные—при изнасилованіи, реальныхъ обидахъ. Ср. Haus №№ 263—266.

воспрещенными подъ страхомъ наказанія или сами по себѣ, или только при наличности извѣстныхъ, вызванныхъ этими дѣяніями, послѣдствій, видоизмѣненій въ бытіи или условіяхъ бытія окружающихъ насъ людей или предметовъ или въ порядкѣ и условіяхъ совершающихся событій [1]). Такъ, почти всѣ случаи преступнаго бездѣйствія наказываются независимо отъ тѣхъ послѣдствій, которыя они вызвали,—неявка въ качествѣ свидѣтеля наказывается независимо отъ того, было ли вслѣдствіе неявки отложено засѣданіе, или же неявка не имѣла никакихъ послѣдствій; для отвѣтственности за недонесеніе о появившейся филоксерѣ не требуется, чтобы зараженіе получило распространеніе, перешло въ чужіе виноградники и т. д. Тоже нужно сказать о преступныхъ содѣяніяхъ, воспрещенныхъ въ виду ихъ опасности вообще, безотносительно къ отдѣльному правоохраненному интересу: храненіе или ношеніе запрещеннаго оружія, небрежное храненіе взрывчатыхъ или ядовитыхъ веществъ, выпускъ въ свѣтъ книги безъ означенія типографіи, въ которой она напечатана, наказываются независимо отъ какихъ-либо вызванныхъ ими послѣдствій. Напротивъ того, дѣянія, грозящія опасностью извѣстному опредѣленному интересу и тѣмъ болѣе непосредственно вредящія таковому по общему правилу, для примѣненія къ учинившему кары въ полномъ объемѣ, предполагаютъ всегда наличность извѣстныхъ послѣдствій; таково, напр., поврежденіе желѣзнодорожнаго пути, грозящее опасностью крушенія поѣзда, истребленіе чужаго имущества огнемъ или взрывомъ, умышленное или неосторожное лишеніе жизни, поджогъ, воровство и т. п.

Бытіе этихъ двухъ группъ преступныхъ дѣяній объясняется съ одной стороны тѣмъ, что проявленіе виновности, не вызвавшее вредоносныхъ или опасныхъ результатовъ, представляется иногда столь шаткимъ и неопредѣленнымъ, что государство не рѣшается обложить его наказаніемъ, а съ другой,—еще болѣе важнымъ соображеніемъ, что современное уголовное право наказываетъ не преступность или даже виновность саму по себѣ, а проявленіе виновности въ вредоносномъ или опасномъ дѣяніи, для чего большею частію необходимо наступленіе извѣстнаго послѣдствія; поэтому ненаступленіе таковаго или вовсе уничтожаетъ наказуемость учиненнаго, какъ, напр., во многихъ случаяхъ неосторожной вины, или же устраняетъ примѣненіе полной мѣры отвѣтственности, какъ, напр., при наказуемыхъ покушеніяхъ.

Самое отнесеніе преступныхъ дѣяній къ той или другой группѣ стоитъ, конечно, въ зависимости отъ существа правовыхъ велѣній, а иногда эта классификація обусловливается и обрисовкою, данною преступному дѣянію въ кодексѣ [2]), но во всякомъ случаѣ это различіе не зависитъ отъ спо-

1) Binding, Normen, I, § 17, Drei Arten der Zweckverfolgung durch die Normen, дѣлитъ всѣ нормы запретительныя на три категоріи: 1) запрещающія произведеніе извѣстнаго видоизмѣненія правопорядка (Verletzungsverbote); 2) запрещающія извѣстныя дѣянія, въ виду заключающейся въ нихъ возможности вызвать опредѣленный преступный результатъ (Gefährdungsverbote); 3) запрещающія извѣстное дѣяніе въ виду опасности его вообще, безотносительно къ тому или другому отдѣльному послѣдствію, какъ возможныя условія вреда. Аналогичныя три категоріи усматриваетъ онъ и въ нормахъ требовательныхъ. Ср. Oppenheim, Object, § 29.

2) Напр., въ тѣхъ случаяхъ, когда законодатель придаетъ главное значеніе дѣятельности, а не ея результату, благодаря лишь непониманію юридической сущности дѣянія, когда, напр., составъ оконченнаго преступнаго дѣянія характеризуется признакомъ, относящимся къ покушенію.

собовъ и средствъ, выбранныхъ виновнымъ для учиненія преступнаго дѣянія.

Наше дѣйствующее уложеніе не содержитъ никакихъ указаній на это дѣленіе, такъ что, какъ это подтверждаетъ и объяснительная записка, выраженіе 1-ой статьи «преступное дѣяніе» объемлетъ обѣ группы преступныхъ дѣяній, но тѣмъ не менѣе и по уложенію различеніе этихъ группъ сохраняетъ практическое значеніе [1]), опредѣляя не только условія законнаго состава нѣкоторыхъ преступныхъ дѣяній, но и разрѣшая рядъ вопросовъ о примѣненіи къ отдѣльнымъ видамъ преступленій общихъ положеній уголовнаго права о моментѣ окончанія преступленій, о исчисленіи теченія давности, а въ особенности содѣйствуя выясненію мѣста и времени совершенія преступныхъ дѣя ій [2]) и зависящей отъ этихъ вопросовъ подсудности, такъ какъ въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ законъ воспрещаетъ самую дѣятельность безотносительно къ послѣдствіямъ, существенное значеніе имѣетъ мѣсто и время этой дѣятельности, а наоборотъ, тамъ, гдѣ для полноты состава требуется наступленіе результата, это значеніе переходитъ на мѣсто и время наступленія таковаго; если виновный подмѣшалъ отраву предъ отъѣздомъ вечерняго поѣзда 9 февраля въ Петербургѣ, жертва выпила отравленное питье утромъ 10-го въ Твери, а смерть послѣдовала 11-го въ Саратовѣ, то отравленіе, какъ убійство человѣка введеніемъ въ организмъ яда, послѣдовало въ Саратовѣ 11 февраля, а въ Петербургѣ и даже въ Твери было осуществлено только покушеніе на отравленіе [3]).

156. Такимъ послѣдствіемъ преступной дѣятельности является прежде всего созданіе опредѣленной опасности для конкретнаго правоохраненнаго интереса [4]), т. е. созданіе такихъ условій, которыя, по общему порядку вещей, болѣе или менѣе непосредственно должны были вызвать вредъ для таковаго интереса.

Условіе или признакъ опасности играетъ значительную роль въ правѣ уголовномъ, и притомъ въ различномъ его значеніи [5]). Опасность извѣст-

---

1) Поэтому нападки, дѣлаемыя въ новой литературѣ на различіе такъ называемыхъ матеріальныхъ и формальныхъ (безрезультатныхъ) преступныхъ дѣяній, какъ, наприм., у Liszt, Birkmayer, даже Janka § 36, представляются мнѣ лишенными основанія. Ср. Merkel, § 37.

2) Schneidler, Der Ort der begangenen Handlung, 1886; Liszt, § 39; Ianka, § 46.

3) Многіе изъ нѣмецкихъ криминалистовъ: Bar, Hälschner, Janka, Rohland, Schütze, Wächter и др. считаютъ мѣстомъ и временемъ учиненія преступнаго дѣянія всегда и безусловно мѣсто и время учиненія дѣйствія, а если дѣйствій нѣсколько, то послѣдняго изъ нихъ и ни въ какомъ случаѣ не мѣсто и время приложенія дѣятельности къ объекту или наступленія послѣдствій; слѣдовательно, по ихъ мнѣнію, въ приведенномъ въ текстѣ примѣрѣ отравленіе послѣдовало въ Петербургѣ 9 февраля. Напротивъ того, Liszt придавалъ еще въ 5 изд. значеніе наступленію послѣдствій, но только, какъ онъ указываетъ, непосредственно слѣдующихъ за дѣйствіемъ—напр., пріемъ яда; слѣдовательно, въ приведенномъ примѣрѣ мѣстомъ и временемъ учиненія для него будетъ Тверь 10 февраля; но въ 7 изд. онъ говоритъ уже объ окончательномъ послѣдствіи.

4) Ср. Rotering, Gefahr und Gefährdung im Strafgesetzbuche, Goltd. Archiv. 1883, стр. 266; Rohland, Die Gefahr im Strafrecht, 2 изд. 1888; Kries, Ueber den Begriff der objectiven Möglichkeit und einiger Anwendung desselben, 1888; Finger, Der Begriff der Gefahr und seine Anwendung im Strafrecht, 1889; Звоницкій, Общеопасныя преступленія, 1890.

5) Ср. Rohland, в. с., стр. 1 и сл.

ныхъ дѣяній для правопорядка, для спокойнаго бытія и развитія государства составляетъ одинъ изъ существенныхъ признаковъ, опредѣляющихъ самое понятіе уголовно-наказуемой неправды; объемъ и энергія этой опасности являются существеннымъ моментомъ, служащимъ основаніемъ для установленія относительной уголовной важности дѣянія, и для опредѣленія законодателемъ размѣровъ уголовной кары.

Далѣе, опасность въ ея непосредственномъ отношеніи къ конкретнымъ правоохраненнымъ интересамъ является извѣстнымъ моментомъ развивающейся вредоносной дѣятельности. Злая и субъективно опасная воля, осуществляясь во внѣ, мало-по-малу пріобрѣтаетъ и объективную опасность, становящуюся все грознѣе и грознѣе для того интереса, на разрушеніе или поврежденіе коего направляется эта воля. Этотъ моментъ опасности для правоохраненнаго интереса въ поступательномъ движеніи преступной воли или поглощается дѣйствительнымъ свершеніемъ желаемаго, наступленіемъ вреда, или же, въ случаѣ, напр., остановки этой дѣятельности при такъ называемомъ покушеніи, становится самостоятельнымъ основаніемъ отвѣтственности [1]).

Наконецъ, опасность для правоохраненнаго интереса сама по себѣ является самостоятельнымъ воспрещеннымъ закономъ послѣдствіемъ, независимымъ отъ вредоносности дѣянія, на которое направляется преступная воля или которое создается таковою, составляя особую объективную разновидность преступныхъ дѣяній—дѣянія опасныя.

Опасность въ этомъ ея значеніи, какъ существенный элементъ состава преступныхъ дѣяній, иногда является, такъ сказать, въ скрытой формѣ, служа только основаніемъ законодательныхъ запретовъ извѣстной группы дѣяній, но не входя въ число прямо выраженныхъ въ законѣ признаковъ или условій наказуемости этихъ дѣяній. Таковы, напр., столь многочисленные и разнообразные запреты извѣстной дѣятельности, извѣстныхъ поступковъ, признаваемыхъ законодателемъ, по указаніямъ опыта, опасными для правоохраняемыхъ благъ или интересовъ. Въ этихъ случаяхъ для примѣненія наказанія не требуется признанія судомъ дѣйствительной наличности опасности, а необходимо только установленіе выполненія виновнымъ извѣстной дѣятельности или воздержанія его отъ исполненія чего-либо, предписаннаго закономъ. Самый характеръ и степень опасности, послужившіе основаніемъ для запрещенія или предписанія, представляются весьма различными и иногда предполагаемая опасность представляется столь общею и отдаленною, что, какъ мы видѣли, нѣкоторые криминалисты относятъ эти преступныя дѣянія въ отдѣльную такъ называемую группу формальныхъ нарушеній требованій власти (ungehorsamsdelicte).

Или же опасность является прямо выраженнымъ въ законѣ признакомъ преступности дѣянія, точное установленіе наличности коего обязательно для суда въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ. При этомъ таковой признакъ или составляетъ условіе, опредѣляющее самую преступность дѣянія, какъ, напр., опасность для жизни при оставленіи безъ помощи, или же выдѣляетъ изъ родового понятія особый тяжкій видъ, какъ, напр., опасность крушенія поѣзда при

---

1) Ср. Binding, Normen, § 53, II.

поврежденіи желѣзнодорожныхъ сооруженій; опасность для чьей-либо жизни при поврежденіи или поджогѣ необитаемыхъ строеній и т. п.

Такая опасность можетъ быть послѣдствіемъ содѣянія, напр., поставленіе лица въ извѣстныя условія, при коихъ жизнь его подвергалась опасности, при оставленіи безъ помощи, или же является результатомъ бездѣйствія, неисполненія какой-либо обязанности, возложенной закономъ, договоромъ и т. п.

Созданіе опасности можетъ быть послѣдствіемъ или умышленной виновности или неосторожности, напр., при неосторожномъ поврежденіи желѣзнодорожныхъ сооруженій, предостерегательныхъ знаковъ и т. д., нарушившемъ безопасность плаванія или вызвавшемъ опасность крушенія и т. п.

Опасность можетъ грозить одному опредѣленному благу, напр., опасность для жизни при оставленіи безъ помощи, или же нѣсколькимъ однороднымъ или разнороднымъ благамъ, напр., опасность крушенія судна или поѣзда, угрожающая въ свою очередь жизни или здоровью пассажировъ, цѣлости самаго корабля или находящагося на немъ имущества и т. п.

Опасность должна существовать, прежде всего, объективно, независимо отъ сознанія о наличности такой опасности со стороны причинившаго таковую, такъ какъ послѣднее условіе имѣетъ значеніе лишь для установленія условій виновности.

Объективное причиненіе опасности предполагаетъ наличность такихъ условій, которыя дѣлаютъ возможнымъ наступленіе извѣстнаго вреда для правоохраненнаго интереса, причемъ самая возможность наступленія устанавливается каждый разъ судомъ, согласно съ общими указаніями опыта, въ связи съ обстоятельствами отдѣльнаго случая. При этомъ, такъ какъ законъ наказываетъ самое причиненіе опасности, то одно ея позднѣйшее устраненіе какими-либо силами, дѣйствующими независимо отъ виновнаго или даже имъ самимъ, не устраняетъ бытія опасности и отвѣтственности за ея причиненіе, вліяя лишь иногда на самую мѣру наказанія (ст. 480 улож.). Напротивъ того, характеръ причинъ, устранившихъ создававшійся опасный порядокъ вещей, нерѣдко служитъ доказательствомъ дѣйствительной наличности опасности, какъ скоро, напр., грозившій вредъ устраненъ лишь благодаря особымъ исключительнымъ условіямъ; съ другой стороны, легкое и, такъ сказать, естественное устраненіе грозящаго вредоноснаго результата указываетъ на отсутствіе дѣйствительной опасности, на ложное опасеніе [1]).

---

1) Но тотъ выводъ, который дѣлаютъ отсюда нѣкоторые криминалисты: Hertz, Buri, а за ними Ламмашъ и отчасти Янка, что всякая устранимость опасности свидѣтельствуетъ всегда объ ея отсутствіи, въ силу чего самое объективное понятіе «опасности» является мнимымъ, основаннымъ только на недостаточности человѣческаго пониманія и предвидѣнія, какъ справедливо замѣчаетъ Биндингъ, лишенъ практическаго значенія, такъ какъ право имѣетъ дѣло именно съ отношеніями, обусловленными этою ограниченностью человѣческаго сознанія. Если во время пожара, благодаря чрезвычайнымъ усиліямъ пожарной команды, отстояли складъ пороха или горючихъ, легко воспламеняющихся матеріаловъ, расположенныхъ въ центрѣ города, то кто рѣшится утверждать, что городъ не былъ въ опасности? если спасшійся на доскѣ во время кораблекрушенія былъ на другой день подобранъ проходившимъ судномъ, то попробуйте увѣрить его и вообще всякаго здравомыслящаго человѣка, что опасность для него была мнимою. Ср. Binding, § 53, III, Листъ, Роландъ; ср. философское обоснованіе объективнаго характера опасности у Kries.

157. Другимъ послѣдствіемъ преступной дѣятельности является дѣйствительный вредъ правоохраненному интересу. Но всякое матеріальное послѣдствіе, будетъ ли то опасность вреда или дѣйствительный вредъ, предполагаетъ для вмѣненія его учинившему, что оно было имъ вызвано, предполагаетъ наличность причинной связи [1]). Преступное дѣяніе есть воплощеніе воли во внѣ; только это во внѣ существующее посягательство придаетъ субъективной виновности лица значеніе наказуемаго дѣянія. Тамъ, гдѣ виновность воплощается полностью въ дѣйствіи или бездѣйствіи лица, для отвѣтственности достаточно только констатированія этой внѣшней оболочки вины; но тамъ, гдѣ для полнаго состава преступнаго дѣянія требуется наличность извѣстныхъ результатовъ, иногда значительно отдаленныхъ по мѣсту и времени отъ самаго дѣйствія, вопросъ осложняется, такъ какъ для отвѣтственности необходимо доказать, что эти результаты вызваны дѣйствіемъ или бездѣйствіемъ лица, что между ними существуетъ причинная связь.

Предположимъ, что лицо, имѣющее умыселъ лишить другаго жизни, осуществило его, выстрѣлило въ жертву и жертва вслѣдъ за выстрѣломъ умерла; этихъ данныхъ все-таки недостаточно для признанія наличности полнаго состава убійства, если мы не добавимъ къ приведеннымъ указаніямъ, что пуля попала въ жертву и смерть послѣдовала отъ нанесенной раны, такъ какъ если стрѣлявшій не попалъ въ жертву и она умерла вслѣдствіе разрыва сердца или вслѣдствіе удара, обрушившагося въ то время камня и т. п., то дѣйствіе выстрѣлившаго будетъ только покушеніемъ, а не оконченнымъ убійствомъ.

Это ученіе о причинной связи или о причиненіи [2]) играетъ важную

---

1) Ср. литературныя указанія въ моемъ курсѣ II, № 394, пр. 144; Н. Сергѣевскій, О значеніи причинной связи въ уголовномъ правѣ, 1880 г.; у него подробное и обстоятельное изложеніе различныхъ теорій по вопросу о причинной связи, а на стр. 14 второго выпуска указанія на новѣйшую литературу. Ср. также Колоколовъ, О соучастіи, 1881 г. Изъ нѣмецкихъ монографій можно указать: Bar, Die Lehre vom Causalzusammenhange im Rechte, besonders im Strafrechte, 1871 г.; Buri, Causalität und deren Verantwortung, 1873 г.; его же, Abhandlungen aus dem Strafrechte, 1878 г., II, Verursachung und unterlassene Verhinderung; его же, Die Causalität und ihre strafrechtliche Beziehungen, 1885 г.; сверхъ того, рядъ статей въ архивѣ Гольтдаммера и въ G.; H. Lammasch, Handlung und Erfolg въ Zeitschrift für das privat und öffent. Recht, 1882 г., № 2; Birkmeyer, Ueber Ursachenbegriff und Causalzusammenhang im Strafrecht; G. XXXVII, стр. 257—357; Kries, Ueber den Begriff der objectiven Möglichkeit, 1888; Janka, Die Kausalitätsfrage. L. Z. IX, стр. 498; R. Horn, Der Kausalitätsbegriff in der Philosophie und im Strafrechte, 1893; Huther, Der Kausalzusammenhang, als Voraussetzung im Strafrecht, 1893; G. Müller, Das Causalitätsproblem im Strafrechte. G. L., стр. 241 и сл.; Thon, Der Begriff der Verursachung, 1894; Thyren, Bemerkungen zu den kriminalistischen Causalitätstheorien, 1894, въ его Abhandlungen; A. Hess Ueber Kausalzusammenhang und unkörperliche Denksubstrate, 1895; Horn, Causalitäts und Wirkensbegriff, dessen empirischen Feststellung und criminalrechtliche Bedeutung. G. LIV, стр. 321; Von Brünneck, Die herschende Kausalitätstheorie und ihre Stellung zum Strafgesetzbuch; Huther, Praktische Studien aus der Strafrechtlichen Kausalität. L. Z., XVIII, стр. 751; Abrahamson, Strafrechtliche Studien, I, Kausalität. 1898; M. Mayer, Der Causalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg im Strafrecht, 1899; E. Hartmann, Das Kausalproblem im Strafrecht mit besonderer Berücksichtigung des Verursachungsbegriff des Strafgesetzbuchs. 1900. Ср. также приведенную выше литературу о преступномъ невмѣшательствѣ.

2) M. Mayer, стр. 15, замѣчаетъ, что въ уголовномъ правѣ изслѣдованію подлежитъ вопросъ о причиненіи (Verursachung), а не о причинѣ явленія.

роль не только при установленіи состава отдѣльныхъ преступныхъ дѣяній, но и при изложеніи общаго ученія о преступномъ дѣяніи, такъ какъ, за ничтожными исключеніями, достиженіе преступнаго результата предполагаетъ присоединеніе къ нашей дѣятельности цѣлаго ряда разнообразныхъ силъ физическихъ и притомъ присоединеніе, не только одновременное съ дѣйствіемъ, но и послѣ него, въ теченіе иногда значительнаго промежутка, отдѣляющаго дѣйствіе или бездѣйствіе отъ момента наступленія результата.

Въ законодательствахъ вопросъ о причинной связи былъ затронутъ только въ XIX вѣкѣ и то въ спеціальномъ примѣненіи къ убійству; такое постановленіе содержало баварское уложеніе 1813 г., допускавшее вмѣненіе смертельнаго исхода и въ томъ случаѣ, когда смерть послѣдовала только благодаря содѣйствію постороннихъ силъ, вызванныхъ виновнымъ. Подобныя же постановленія перешли и въ другіе нѣмецкіе партикулярные кодексы, включая сюда прусскій 1851 г. и баварскій 1861 г.; только саксонскій кодексъ перенесъ эти постановленія изъ особенной части въ общую, а новый германскій кодексъ вовсе не упоминаетъ о причинной связи, предоставляя рѣшеніе вопроса доктринѣ и практикѣ [1]).

Также умалчиваютъ объ этомъ кодексы французскій, бельгійскій, голландскій, венгерскій и итальянскій.

Французскій кассаціонный судъ, въ рѣшеніи 12 Іюля 1844 г., усвоилъ систему, выставленную оберъ-прокуроромъ Дюпеномъ: «смерть должна быть вмѣняема виновному, хотя бы раны и побои не были единственною причиною смерти, а она зависѣла и отъ физическаго сложенія умершаго; виновникъ отвѣчаетъ за убійство, какъ скоро онъ ускорилъ наступленіе смерти [2]); причемъ французскіе комментаторы предлагаютъ, по примѣру англійскаго права, признать извѣстный срокъ (напр., Эли—40 дней), по истеченіи коего послѣдствіе не могло бы быть вмѣняемо дѣятелю, какъ причинѣ.

Въ нашемъ правѣ первыя и довольно подробныя постановленія по этому вопросу появились въ воинскомъ и въ морскомъ уставахъ Петра Великаго [3]); позднѣе правила о вмѣненіи результатовъ при убійствѣ и тѣлесныхъ поврежденіяхъ были преподаны въ наставленіи врачамъ 1828 г. и вошли въ XIII т. свода зак. книгу 3-ю. Уставъ ставитъ, какъ основное положеніе, опредѣленіе смертельности поврежденій по особенностямъ даннаго случая; надлежитъ судить о семъ не по общимъ какимъ-либо отвлеченнымъ правиламъ (in abstracto), но по особливостямъ каждаго случая (in concreto), и опредѣлять смертель-

---

1) Мотивы къ германскому уложенію, I, стр. 112, II, стр. 71, выставили такое начало: если виновный желалъ извѣстнаго послѣдствія и его дѣйствія были направлены къ осуществленію желаемаго, то для вмѣненія ему этого послѣдствія безразлично содѣйствіе и такихъ обстоятельствъ, на которыя виновный не разсчитывалъ. Подробныя указанія о причинной связи даны были Reichsgericht'омъ, въ рѣшеніи 28 сент. 1881 г. (Entsch. V, № 9).

2) Ср. Blanche, IV, № 579; F. Hélie, IV, № 1198.

3) См. толкованіе на арт. 154 воинскаго устава, въ коемъ говорилось: «надлежитъ подлинно вѣдать, что смерть всеконечно ли отъ битья приключилась. А ежели сыщется, что убіенный былъ битъ, а не отъ тѣхъ побоевъ, а отъ другихъ случаевъ, которые къ тому присовокупились, умре, то надлежитъ убійцу не животомъ, но по разсмотрѣнію судебному наказать». Поэтому уставъ и предписываетъ, впервые въ нашемъ правѣ, производство судебно-медицинскихъ вскрытій трупа.

ность или несмертельность поврежденій не по принятымъ произвольно раздѣленіямъ оныхъ на различные классы и виды относительно степени смертельности, но только по той связи и отношенію, въ которыхъ *въ семъ именно*, а не въ другомъ случаѣ, находились или не находились они съ воспослѣдовавшею за оными смертью (ст. 1441). Самыя поврежденія раздѣляются на обще или неизбѣжно смертельныя (laesiones absolute lethales), которыя всегда и у всѣхъ людей смертью оканчиваются (перечисленныя въ ст. 1443) и случайно смертельныя (laesiones per accidens lethales), которыя только у нѣкоторыхъ людей и при ихъ особенныхъ обстоятельствахъ оканчиваются смертью, причемъ такія особыя причины по ст. 1445 могутъ заключаться въ возрастѣ умершаго, въ полѣ и отправленіяхъ онаго; въ сложеніи тѣла; въ томъ состояніи и расположеніи духа, въ каковомъ находился человѣкъ при поврежденіи: ежели онъ въ сіе время былъ чрезвычайно раздраженъ, испуганъ или разгоряченъ отъ излишняго употребленія спиртныхъ напитковъ и т. п., тогда слѣдствія поврежденій гораздо опаснѣе, нежели при другихъ противныхъ тому обстоятельствахъ; въ особенномъ расположеніи тѣла, и въ дѣйствительно существующихъ болѣзняхъ, какъ общихъ, такъ и частныхъ.

Статья же 1446 къ этимъ причинамъ особой смертельности причисляетъ и тѣ, хотя внѣшнія и *послѣ* поврежденія уже присовокупившіяся и въ нанесеніи смерти содѣйствовавшія обстоятельства, къ которымъ самое поврежденіе непосредственный подало поводъ и которыхъ поврежденный человѣкъ избѣжать былъ не въ силахъ; когда, напр., онъ раненъ былъ, или претерпѣлъ поврежденіе въ отдаленномъ какомъ-либо и уединенномъ мѣстѣ, гдѣ некому было подать ему помощи; самъ же онъ, будучи приведенъ чрезъ то въ несостояніе искать или просить оной, оставался безъ всякаго призрѣнія; потерялъ много крови или простудился, и сія потеря крови или простуда, хотя при другихъ благопріятныхъ обстоятельствахъ и отвратимая, но въ семъ случаѣ неизбѣжная, стоила ему жизни. Наконецъ, въ видахъ, какъ говоритъ уставъ, вмѣненія въ преступленіе (imputatio juris) врачъ въ своемъ свидѣтельствѣ долженъ объяснить: каковы были причины сіи: явственны или болѣе или менѣе скрыты, дабы чрезъ объясненіе сіе привести судью въ состояніе судить о намѣреніи виновнаго причинить смерть и опредѣлять ему наказаніе, соразмѣрное преступленію [1]).

Въ законахъ же нашихъ уголовныхъ, какъ въ сводѣ законовъ и въ уложеніи 1845 г., такъ и въ уголовномъ уложеніи, никакихъ особыхъ постановленій по сему предмету не содержится.

158. Крайне разнообразными представляются и попытки разрѣшенія вопроса о причинной связи въ доктринѣ, причемъ и въ новѣйшихъ изслѣдованіяхъ, устранившихъ ученіе о такъ называемой исключительной причинности, намѣчаются два рѣзко отличныхъ направленія, изъ коихъ одно, субъективное, отождествляетъ понятіе причинности и виновности, а другое пытается разрѣшить вопросъ о причинной связи на основаніи объективныхъ условій, независимыхъ отъ виновности.

---

1) Ср. мое изслѣдованіе о преступленіяхъ противъ жизни, I, №№ 99 и 103; тамъ же примѣры изъ нашей судебной практики.

Въ средневѣковой доктринѣ вопросъ о причинной связи разсматривался спеціально при убійствѣ [1]) и самое понятіе «причиненія», благодаря въ особенности стремленію смягчить суровость наказаній, понималось весьма ограниченно. Для вмѣненія требовалось: во-1-хъ, чтобы результаты были вызваны исключительно дѣйствіями виновнаго, какъ, напр., смерть отъ выстрѣла въ упоръ; привхожденіе какихъ-либо иныхъ силъ, содѣйствовавшихъ наступленію результата, устраняло вмѣненіе этого результата. Этотъ взглядъ, по указанію Штюбеля (§ 153), велъ на практикѣ къ тому, что при вскрытіи трупа безусловно требовалось вскрытіе всѣхъ главныхъ полостей: брюшной, грудной и головной, не только для полноты изслѣдованія, а въ видахъ опредѣленія отвѣтственности, такъ что если, напр., въ полости головы была найдена безусловно смертельная рана, снесенъ весь черепъ и разбрызганъ мозгъ, а затѣмъ грудная полость не была вскрыта, то не могло быть назначено и ординарное наказаніе въ томъ соображеніи, что въ груди могли быть такіе пороки и болѣзни, которые могли причинить смерть независимо отъ главнаго поврежденія или, по крайней мѣрѣ, содѣйствовать ему. Съ другой стороны, для полнаго вмѣненія требовалось, чтобы поврежденіе было безусловно смертельно, такъ чтобы и немедленно оказанная помощь не могла отвратить смерти. Какъ свидѣтельствуетъ Штюбель (§ 137), за отравленіе назначалось, напр., не полное наказаніе, а эстраординарное, если смерть могла быть отвращена своевременною дачею противоядія.

Противъ такой постановки вопроса о причинности и была направлена работа Штюбеля [2]), получившая значеніе классическаго труда по общей части уголовнаго права.

Можно ли дѣйствительно въ сферѣ конечныхъ явленій говорить объ исключительной причинности? Тѣ результаты, которые мы называемъ непосредственными, такъ же мало могутъ возникнуть изъ однихъ дѣйствій человѣка, какъ и посредственные; для причиненія требуется цѣлая масса условій окружающей среды, рядъ содѣйствующихъ силъ: виновный убилъ наповалъ выстрѣломъ, далъ ядъ, причинившій моментальную смерть; но какъ много должно присоединиться къ мускульнымъ движеніямъ виновнаго разнообразныхъ физическихъ или физіологическихъ силъ, для того, чтобы произошелъ выстрѣлъ, разрушилась жизнь.

Этому конкретному представленію о сложномъ характерѣ причиненія соотвѣтствуетъ и отвлеченное понятіе причины, какъ совокупности предыдущихъ, за которыми необходимо должно послѣдовать данное явленіе [3]). Съ этой точки зрѣнія, причина явленія есть понятіе сложное; она заключаетъ въ себѣ сумму условій, вызвавшихъ явленіе, и притомъ условій, какъ сосуществующихъ въ данное время, такъ и послѣдовательно смѣнявшихъ другъ друга [4]), такъ что, разъ ставъ на такую точку зрѣнія зависимости явленій, восходя отъ явленія къ его предыдущимъ и послѣдующимъ, мы мысленно воспроизводимъ ту безконечную цѣпь причинностей, въ которой и выражается бытіе окружающаго насъ міра.

До-штюбелевская теорія исключительной причинности крайне ограничивала вмѣ-

---

1) Ср. историческій очеркъ въ статьяхъ Миттермайера, Die Lehre von der Herstellung des Thatbestandes in Bezug auf die Tödtlichkeit von Verletzungen, G. за 1855 и 1856 г.

2) Ueber den Thatbestand der Verbrechen, 1805 г.; практическое же развитіе высказанныхъ имъ положеній было дано Фейербахомъ. Болѣе подробное изложеніе у Н. Сергѣевскаго, Причинная связь, II, стр. 6.

3) Метафизическаго понятія о причинѣ, какъ о передающейся силѣ, какъ о внутренней таинственной связи явленій, я вовсе не касаюсь, такъ какъ это понятіе не имѣло никакого отношенія къ ученіямъ уголовнаго права. Ср. Колоколовъ, О соучастіи, стр. 5 и сл.

4) Д. С. Милль, Логика, I, глава 5-я § 3 и сл., замѣчаетъ: говоря научнымъ языкомъ, причина заключается въ суммѣ положительныхъ и отрицательныхъ условій, въ совокупности дѣяній разнаго рода, за которыми непремѣнно слѣдуетъ извѣстный результатъ, коль скоро они дѣйствительно реализируются. Для понятія причины, въ смыслѣ, нами ему придаваемомъ, необходимо думать не только, что за предыдущимъ всегда слѣдуетъ послѣдующее, но также, что пока не измѣнятся нынѣ существующія свойства вещей, оно и будетъ слѣдовать.

неніе послѣдствій, создавала положеніе невѣрное и практически и теоретически; но къ какимъ результатамъ приводитъ противоположный взглядъ?

Дѣйствіе человѣка никогда не можетъ быть исключительною причиною событія: оно всегда является только однимъ изъ условій его воспроизведенія; слѣдовательно, нельзя ли сдѣлать отсюда и обратное заключеніе, что дѣйствіе человѣка можетъ быть признаваемо причиною событія, какъ скоро оно было однимъ изъ условій, его вызвавшихъ?

Такое широкое воззрѣніе на понятіе уголовной причинности было выставлено въ германской литературѣ съ половины пятидесятыхъ годовъ прошлаго столѣтія.

Разъ извѣстное лицо, замѣтилъ еще Кестлинъ въ Neue Revision, совершило какое либо дѣйствіе, оно положило жизнью одаренное яйцо въ общую цѣпь міровыхъ явленій и какъ бы мало ни было участіе его въ причиненіи извѣстнаго результата, если только это участіе существуетъ, то недѣлимость самого результата даетъ право поставить его цѣликомъ на счетъ виновному, такъ какъ безъ его дѣйствія событіе въ данный моментъ, въ данномъ мѣстѣ и въ данной формѣ совершиться не могло.

На той же почвѣ метафизическаго ученія причинности строитъ свою теорію Глазеръ [1]). Для разрѣшенія вопроса о бытіи причинной связи, говоритъ онъ, необходимо попытаться выдѣлить дѣйствія виновнаго изъ общей суммы явленій, опредѣлившихъ данное событіе, и если окажется, что, несмотря на то, послѣдствія наступили бы, рядъ промежуточныхъ причинъ сталъ бы дѣйствовать въ томъ же порядкѣ, то данныя послѣдствія не могутъ быть приписываемы обвиняемому какъ причинѣ; если же, напротивъ, окажется, что за выдѣленіемъ его дѣйствій результатъ не воспослѣдовалъ бы, или событіе совершилось бы не въ томъ порядкѣ, то мы должны признать это лицо виновникомъ происшедшаго результата.

Всего полнѣе развилъ эту теорію Бури, являющійся, въ его безчисленныхъ статьяхъ по данному вопросу, главнымъ ея представителемъ.

«Разсматривая», говоритъ онъ [2]), «послѣдствіе, возникшее изъ дѣйствія различныхъ силъ, мы увидимъ, что если представить себѣ хотя одно изъ этихъ дѣйствій не происходившимъ, если выдѣлить какую-либо одну изъ этихъ силъ, то и самое послѣдствіе въ конкретной его обстановкѣ измѣнится. Это значитъ, другими словами, что для послѣдствія, возникшаго изъ совокупнаго дѣйствія различныхъ силъ, всякая отдѣльная сила есть conditio sine qua non, поэтому всякая отдѣльная сила, въ томъ числѣ и дѣятельность человѣка, хотя бы изолированная отъ другихъ она и не могла произвести послѣдствія, должна быть признана отвѣтственною за послѣдствіе въ полномъ его объемѣ, въ виду недѣлимости результатовъ. Простое содѣйствованіе задуманному и дѣйствительно происшедшему послѣдствію дѣлаетъ человѣка отвѣтственнымъ за все послѣдствіе . . . . . Эта причинная связь есть чисто объективное явленіе, которое не можетъ быть ни установлено, ни устранено знаніемъ и сознаніемъ, и поэтому причинная связь должна быть принимаема и тогда, когда дѣйствующій не имѣлъ никакого предварительнаго знанія о томъ дѣйствіи, которое позднѣе присоединилось къ его дѣйствію . . . . И только въ томъ случаѣ уничтожается причинная связь, когда данный результатъ произведенъ силою, не только не находящеюся ни въ какомъ отношеніи къ дѣйствію виновнаго, но даже какъ бы исключающею изъ производимыхъ ею результатовъ всю дѣятельность этого лица». Въ статьѣ о причинной связи, 1873 г. (стр. 1), Бури такъ резюмируетъ основное свое положеніе: «Если мы хотимъ выяснить причинность какого-либо конкретнаго явленія, то мы должны установить въ послѣдовательномъ порядкѣ всѣ силы, которыя проявили какую-либо дѣя-

---

1) Abhandlungen aus dem Strafrechte, 1858 г., стр. 298.

2) Въ первомъ его изслѣдованіи zur Lehre von der Tödtung, въ архивѣ Гольтдаммера за 1863 г., стр. 753; позднѣе, онъ нѣсколько измѣнилъ это воззрѣніе, въ особенности отказался отъ отождествленія причиненія съ виновностью, и различилъ вмѣненіе результатовъ при умыслѣ и неосторожности и т. п.; но я указываю на его первоначальное ученіе потому, что меня интересуетъ не взглядъ Бури на причинную связь, а возможная постановка самаго вопроса. Указанія на позднѣйшія воззрѣнія Бури—у Н. Сергѣевскаго, II, стр. 30 и сл.; ученіе Бури подробно изложено у Hartmann, Kausalproblem, стр. 14 и сл. Въ 1897 г. юридическій факультетъ въ Halle, признавая эту теорію господствующею, поставилъ изложеніе и разборъ ея темою. Ср. диссертацію Brünneck.

тельность, направленную къ воспроизведенію даннаго явленія. Всю сумму этихъ силъ мы разсматриваемъ, какъ причину явленія. Но съ такимъ же правомъ каждая изъ этихъ причинъ въ отдѣльности, сама по себѣ, можетъ быть разсматриваема, какъ причина явленія, такъ какъ его бытіе настолько зависитъ отъ каждой отдѣльной силы, что если изъ общей цѣпи причинностей мы выдѣлимъ какую-либо отдѣльную силу, то не возникнетъ и самое явленіе. Такимъ образомъ, каждая отдѣльная сила дѣлаетъ жизнетворною всю мертвую массу прочихъ отдѣльныхъ силъ,—только благодаря каждой отдѣльной силѣ всѣ прочія дѣлаются причиною явленія» [1]).

Но простота этого построенія не устраняетъ возбуждаемыхъ имъ теоретическихъ и практическихъ возраженій [2]).

Представимъ себѣ, что кто-либо выстрѣлилъ въ другаго съ цѣлью лишить его жизни; выстрѣлъ причинилъ легкую рану, но это обстоятельство заставило раненаго остаться еще на день въ томъ городѣ, изъ котораго онъ собирался уѣхать; затѣмъ, на другой день, когда раненый проходилъ по улицѣ, обвалился карнизъ дома и задавилъ его. Въ чемъ мы будемъ обвинять выстрѣлившаго,—въ покушеніи на убійство или въ оконченномъ убійствѣ? По вышеизложенному мнѣнію, нужно принять послѣднее, такъ какъ въ числѣ условій, опредѣлившихъ смерть, было дѣйствіе виновнаго; не будь раны, умершій уѣхалъ бы днемъ раньше и несчастіе не воспослѣдовало бы. Или, воръ взламываетъ замокъ у сундука, но не успѣваетъ украсть, такъ какъ ему помѣшали; на другой день другое лицо, безъ соглашенія съ первымъ, совершаетъ кражу изъ этого сундука, въ который оно могло проникнуть только благодаря ранѣе учиненному взлому,—по теоріи Бури первый воръ, совершившій только взломъ, долженъ будетъ отвѣчать за оконченную кражу и т. д. Въ тѣхъ случаяхъ, когда рѣчь идетъ о вмѣненіи умышленныхъ дѣяній, такіе примѣры могутъ не казаться особенно поразительными, такъ какъ виновный, покушаясь на осуществленіе задуманнаго, учинилъ наказуемое дѣяніе; но примѣненіе этого положенія къ вмѣненію послѣдствій неосторожности приведетъ къ выводамъ, практически безусловно несостоятельнымъ [3]).

Но и основное положеніе этого взгляда возбуждаетъ значительное сомнѣніе: во-1-хъ, если причиною какого-либо событія является только вся сумма его предшествующихъ, то отсюда казалось бы естественнымъ заключеніе, что ни одно предыдущее въ отдѣльности не можетъ быть почитаемо причиною, но не противоположный выводъ, что каждое предыдущее является причиною; во-2-хъ, если каждое предыдущее должно быть признаваемо причиною, то отсюда отнюдь не слѣдуетъ, чтобы этому предыдущему всегда вмѣнялся результатъ полностью, въ томъ предположеніи, что результатъ недѣлимъ; событіе можетъ быть столь сложнымъ, что отдѣльные его элементы могутъ имѣть свои предыдущіе; потому нѣтъ никакого основанія не вмѣнять этому предыдущему только корреспондирующую ему часть событія. Представимъ себѣ, что раненый умеръ въ комнатѣ, въ которую онъ былъ перенесенъ по распоряженію доктора; въ числѣ условій опредѣлившихъ данное событіе, съ его конкретною обстановкою мѣста и времени, конечно, находится и распоряженіе доктора, безъ котораго раненый умеръ бы въ другомъ

---

1) Воззрѣніе Бури, что всякое условіе есть причина, и что человѣкъ отвѣчаетъ за результатъ, какъ скоро его дѣятельность является однимъ изъ условій наступленія результата, вполнѣ принимается и германскимъ Reichsgericht'омъ въ многочисленныхъ его рѣшеніяхъ. Ср. Birkmeyer прим. 59. Биркмейеръ замѣчаетъ, что это совпаденіе вполнѣ объясняется вліяніемъ Бури, какъ члена имперскаго суда; оттого по многимъ вопросамъ общей части въ этихъ рѣшеніяхъ не только проводятся взгляды Бури, но и его доводы, даже способъ выраженій. Къ сторонникамъ этого воззрѣнія можно отнести Листа въ прежнихъ изданіяхъ его учебника, Belling'a Grundzüge, стр. 20, а въ особенности Hartmann, хотя и съ нѣкоторыми ограниченіями.

2) Наиболѣе обстоятельный разборъ теоріи Бури даетъ Биркмейеръ, а также и Kries и шведскій криминалистъ Thyrén.

3) Эти указанія были сдѣланы еще Geyer'омъ въ его статьѣ: Zur Lehre vom dolus generalis und vom Causalzusammenhang, въ архивѣ Гольтдаммера, 1865 г., стр. 245; самъ Бури призналъ справедливость этихъ указаній (въ особенности въ G., 1877 г., стр. 270), а потому и пытался создать особыя условія вмѣненія результатовъ при неосторожности.

мѣстѣ; но можемъ ли мы сказать, держась теоріи недѣлимости результата, что распоряженіе доктора есть причина смерти раненаго [1])?

Такимъ образомъ, теорія отождествленія каждаго отдѣльнаго условія съ причиною приводитъ къ признанію безграничной причинности, а потому и представляется неопредѣленною; поэтому необходимо пріискать такія основанія, которыя давали бы возможность ограничить понятіе причины, какъ преобладающаго, съ точки зрѣнія вопроса о причиненіи, условія. Такія ограниченія дѣлались двоякимъ образомъ: или на основаніяхъ субъективныхъ, или объективныхъ.

По воззрѣніямъ первой группы, со стороны объективной понятіе причины безгранично; но это понятіе находитъ свои естественныя границы въ условіяхъ субъективныхъ, причинность должна быть отождествлена съ виновностью: я могу быть признанъ причиною только такого результата, который можетъ быть мнѣ вмѣненъ въ умыселъ или неосторожность.

Въ оригинальной формѣ выразилось это ученіе у Бара [2]): причиною, говоритъ онъ, должно быть почитаемо только такое условіе, которымъ измѣняется теченіе событій, представляющееся въ прочихъ своихъ частяхъ для насъ нормальнымъ. Человѣкъ (или человѣческое дѣйствіе) является въ юридическомъ смыслѣ причиною явленія лишь настолько, насколько его дѣйствіе составляетъ условіе, измѣняющее совершающіяся, по естественному порядку вещей, явленія человѣческой жизни. Поэтому причиною преступнаго дѣянія можетъ быть почитаемо только такое дѣйствіе, которое отклоняется отъ правильнаго порядка жизни (Ursache ist von der Regel des Lebens abweichende Handlung). Но чѣмъ же опредѣляется согласіе или несогласіе съ правилами жизни въ области человѣческой дѣятельности? Конечно, не физическими свойствами событія, даже не подмѣченною правильностью его повтореній, а соотвѣтствіемъ его съ законами морали или права; поэтому Баръ и приходитъ къ такому выводу, что въ юридическомъ смыслѣ причиною являются только противонравственныя и противоправовыя дѣйствія, а такъ какъ противозаконно можно дѣйствовать только умышленно или неосторожно, то дѣйствующій умышленно будетъ прямою, а дѣйствующій неосторожно—непрямою причиною [3]).

Несостоятельность теоріи Бури всего яснѣе выступаетъ при вмѣненіи преступныхъ послѣдствій неосторожности, а теорія Бара въ особенности не достаточна для обоснованія вмѣненія послѣдствій умышленныхъ. Я буду дѣйствовать согласно съ правилами жизни, если я проявлю, по отношенію къ моимъ дѣйствіямъ, полную заботливость и вниманіе, въ видахъ устраненія ихъ вредныхъ послѣдствій, и если, несмотря на это, отъ моего дѣйствія возникло преступное послѣдствіе, то я за него не только не отвѣчаю, но вмѣстѣ съ тѣмъ не могу быть почитаемъ и причиною этого событія. Но попробуемъ примѣнить это положеніе къ умышленнымъ преступнымъ дѣяніямъ: я хочу убить другаго, я стрѣляю въ него, онъ умираетъ; всегда ли я долженъ быть признанъ не только наказуемымъ за осуществленіе моего умысла, но и причиною смерти? Теорія Бара на это никакого отвѣта не даетъ: всякое дѣйствіе, предпринятое мною для осуществленія преступнаго умысла, не согласно съ правилами жизни и, слѣдовательно, такое дѣйствіе будетъ причиною всѣхъ событій, для которыхъ оно будетъ однимъ изъ опредѣляющихъ условій, какъ бы ни были разнообразны тѣ силы, которыя привели къ дѣйствію, въ какомъ бы отношеніи онѣ къ ней ни состояли.

Къ практической безпомощности этой теоріи присоединяется и та, бьющая въ глаза, теоретическая несообразность, что причинность признается только при противозаконныхъ поступкахъ, что міровое, всю область конечныхъ явленій объемлющее начало замѣняется ограниченнымъ этическимъ положеніемъ. По теоріи Бара, человѣкъ, выстрѣ-

---

1) Ср. Меркель, въ разборѣ учебника Гельшнера въ L. Z. I, стр. 578; Lehrbuch, §40; Birkmeyer, в. с., въ особенности прим. 71; Horn, в. с., стр. 57.

2) Die Lehre vom Causalzusammenhange im Rechte, besonders im Strafrechte, 1871 г.; изложеніе и разборъ его теоріи у Lammasch, Handlung und Erfolg, стр. 262; Birkmeyer, стр. 259; Н. Сергѣевскій, II, стр. 112 и сл. Противъ попытки Бара высказались: Geyer, Binding, Wächter, Hälschner, Liszt, Ianka и др.

3) Дѣйствующій согласно съ правилами жизни, говоритъ онъ (Causalzusammenhang, стр. 88), не можетъ быть виновенъ ни въ умыслѣ, ни въ неосторожности; см. примѣры у Birkmeyer, в. с., пр. 12.

лившій въ другаго и убившій его, будетъ причиною, если дѣйствовалъ съ преступною цѣлью, и не будетъ причиною, если стрѣлявшій находился въ состояніи необходимой обороны.

По теоріи Бара, установленіе виновности лица по отношенію къ преступному дѣянію заключаетъ въ себѣ и установленіе причинности, виновность постулируетъ причинность; а потому самое понятіе виновности умышленной и неосторожной строится независимо отъ объективныхъ условій причинности.

Съ инымъ характеромъ является другая попытка того же направленія, сдѣланная Н. Сергѣевскимъ, въ его изслѣдованіи о причинной связи [1]). Сергѣевскій выходитъ изъ понятія о причинной связи, взятаго изъ теоріи Бури. Каждый элементъ предыдущаго, говоритъ онъ (I, стр. 21 и сл.), является безусловно необходимымъ для послѣдующаго; каждый изъ нихъ есть необходимое условіе послѣдующаго; всѣ они въ совокупности суть причина явленія....; но по принятой въ русскомъ и другихъ языкахъ терминологіи обыкновенно называютъ причиною лишь одинъ изъ предшествующихъ фактовъ, другіе же называютъ условіями. Эти отдѣльныя условія г. Сергѣевскій не только называетъ причинами, но онъ дѣйствительно считаетъ ихъ таковыми, повторяя (стр. 23) слова Бури: «всякая отдѣльная сила придаетъ жизнь мертвой массѣ всѣхъ прочихъ отдѣльныхъ силъ, одна сила дѣлаетъ и всѣ остальныя причинами».... «Дѣйствіе человѣка», продолжаетъ Сергѣевскій (стр. 26), «тогда только можетъ быть признано причиною запрещеннаго явленія, когда оно входитъ въ число его условій; всякое дѣйствіе человѣка, служащее условіемъ явленія, есть въ то же время и его причина; нѣтъ причинъ главныхъ и второстепенныхъ, а всѣ онѣ одинаково необходимы для воспроизведенія явленія..... Слѣдуетъ только мысленно выдѣлить это дѣйствіе изъ всей суммы предшествующихъ фактовъ, и если окажется, что, несмотря на то, послѣдствія наступили бы въ томъ же порядкѣ, то это значитъ, что эти послѣдствія не могутъ быть приписаны обвиняемому; если же, напротивъ того, окажется, что за выдѣленіемъ дѣйствій обвиняемаго результатъ не воспослѣдовалъ бы, или хотя бы и воспослѣдовалъ, но не въ томъ порядкѣ, то это значитъ, что данное лицо есть причина происшедшаго результата.... При этомъ (стр. 35), причиною можетъ быть всякое дѣйствіе человѣка, въ какую бы форму оно ни облекалось». Но такимъ образомъ получается только общее понятіе о причинной связи, а для вмѣненія учиненнаго, хотя эта общая связь и необходима, но необходимы и другія условія,—необходимо построеніе ограниченнаго понятія о причинѣ.

Такимъ ограниченіемъ, по мнѣнію автора (стр. 38), являются субъективныя условія вмѣненія: только то можетъ быть признано причиною, что не выходитъ за предѣлы вмѣненія въ вину за dolus или culpa.

Но это ограниченіе, какъ и указанное Баромъ, въ сущности практически ни на что не пригодно: виновный выстрѣлилъ съ цѣлью лишить кого-либо жизни, ранилъ жертву, раненый, брошенный въ полѣ, умеръ, но отъ того, что его загрызли волки; можно ли выстрѣлившаго признать виновнымъ въ оконченномъ убійствѣ, т. е. можно ли его дѣйствіе считать причиною смерти? На это отвѣчаютъ: да, если эту смерть можно вмѣнить въ умыселъ; но подобный отвѣтъ или слишкомъ широкъ, или совершенно неопредѣленъ: онъ широкъ, если для утвердительнаго отвѣта нужно только сказать, что виновный желалъ смерти и сознавалъ свое дѣйствіе (выстрѣлъ); онъ совершенно неопредѣленъ, если прибавить, что онъ сознавалъ, что причиняетъ смерть, и желалъ не только смерти, но и причиненія смерти даннымъ способомъ.

На эту послѣднюю точку зрѣнія становится, однако, проф. Сергѣевскій и даетъ рядъ крайне неопредѣленныхъ положеній объ отношеніи сознанія дѣйствующаго къ привходя-

---

1) Въ пособіяхъ, стр. 273 и сл., г. Сергѣевскій, на первый взглядъ, нѣсколько иначе смотритъ на причиненіе, говоря, что для отвѣтственности достаточно, если виновный былъ однимъ изъ условій и если его дѣятельность можетъ быть ему вмѣнена въ dolus и culpa; но въ дѣйствительности онъ остался при прежнемъ взглядѣ, такъ какъ всѣ его разсужденія о предвидѣніи комбинаціи присоединяющихся силъ и о различіи силъ совпадающихъ и присоединяющихся, повторены въ изложеніи ученія о содержаніи умысла. Болѣе подробный разборъ теоріи проф. Сергѣевскаго былъ сдѣланъ мною въ журн. гражд. и угол. пр. 1880 г., № 3. Крайне субъективной теоріи держится Колоколовъ, ученіе о соучастіи, стр. 34 и сл.

щимъ силамъ и ихъ взаимодѣйствію, постоянно смѣшивая (стр. 44) предвидѣніе послѣдствія (смерть) съ предвидѣніемъ порядка наступленія послѣдствія (смерть отъ загрызенія раненаго волками), дѣйствительное предвидѣніе, какъ условіе умысла, и возможность предвидѣнія, какъ условіе неосторожности. Такъ, онъ говоритъ (стр. 45): «только тѣ явленія могутъ быть вмѣнены человѣку, которыя проистекли изъ дѣйствій его, совершившихся при возможности ихъ предвидѣнія.... Мы можемъ предвидѣть явленіе только тогда, когда знаемъ соотвѣтствующую ему комбинацію силъ и фактовъ....; но въ каждомъ конкретномъ случаѣ остается цѣлая масса подробностей и признаковъ, предвидѣніе или непредвидѣніе которыхъ не имѣетъ никакого значенія для вмѣненія дѣянія». Далѣе (стр. 60), «причинная связь дѣйствія человѣка и результата существуетъ только тогда, когда онъ сознавалъ или могъ сознавать комбинацію предыдущихъ силъ, зналъ или могъ знать ихъ дѣйствіе, и это условіе сохраняетъ свое полное значеніе, какъ бы ни было велико осложненіе въ развитіи явленія, сколь бы ни было велико число промежуточныхъ фактовъ, событій и силъ»; но затѣмъ самъ авторъ приводитъ слова Гейера, что: «при такомъ требованіи пришлось бы наказывать какъ убійцу только того, кто имѣетъ правильныя понятія о физіологическомъ значеніи тѣлесныхъ поврежденій»; почему и оказывается, что это обязательное предвидѣніе не распространяется на совпадающія силы, предусмотрѣніе которыхъ въ отдѣльности не необходимо, а въ большинствѣ случаевъ даже невозможно. Поэтому, говоритъ онъ (стр. 68), переходя, незамѣтно для себя, съ субъективной на объективную почву, вся масса присоединяющихся силъ можетъ быть разбита на двѣ категоріи: силъ совпадающихъ и силъ привступающихъ... Незнаніе и непредусмотрѣніе какой нибудь изъ совпадающихъ силъ не прерываетъ причинной связи между дѣйствіемъ и послѣдствіемъ; наоборотъ, незнаніе и непредусмотрѣніе силы привступающей прерываетъ причинную связь безусловно. Положеніе это имѣетъ одинаковое значеніе какъ для тѣхъ случаевъ, когда дѣятель предвидѣлъ послѣдствіе, такъ и для тѣхъ, когда онъ его не предвидѣлъ, но могъ и долженъ былъ предвидѣть.

Затѣмъ, однако, остается безъ всякаго разрѣшенія рядъ вопросовъ: какъ же отдѣлить силы совпадающія отъ силъ привходящихъ, почему для вмѣненія необходимо предвидѣніе или возможность предвидѣнія силъ привходящихъ и не требуются таковыя относительно силъ совпадающихъ? И, наконецъ, остается необъяснимымъ, вмѣнять ли въ умыселъ или въ неосторожность тотъ случай, когда дѣйствующій желалъ послѣдствія, направлялъ на него свою дѣятельность, но не предвидѣлъ, а только могъ предвидѣть присоединеніе привходящихъ силъ?

Невѣрность выводовъ теорій какъ Бара, такъ и Сергѣевскаго, лежитъ, по моему мнѣнію, въ самой попыткѣ объединить понятія виновности и причинности, между тѣмъ какъ, по справедливому замѣчанію Листа [1]), «самое строгое отдѣленіе этихъ обоихъ вопросовъ составляетъ необходимое предположеніе пониманія какъ ученія о виновности, такъ и ученія о причинной связи». Также естественно и необходимо это различеніе и въ практическомъ отношеніи: наказуема не субъективная виновность сама по себѣ и не объективная причинность, а только виновная причинность: гдѣ нѣтъ причиненія, нѣтъ уголовно-наказуемаго вмѣненія, но точно также и тамъ, гдѣ есть причиненіе, не всегда еще есть вмѣненіе; судъ долженъ констатировать, прежде всего, совершилось ли событіе, затѣмъ установить, что оно было дѣяніемъ подсудимаго или, другими словами, что подсудимый былъ его причиною, и уже въ заключеніе рѣшить, должно ли оно быть ему вмѣнено въ вину, умышленную или неосторожную [2]).

Еще болѣе значительное разнообразіе представляютъ попытки ограниченія понятія причинности на почвѣ объективной.

---

[1]) Lehrbuch, 3-е изд. стр. 110; также Geyer, Grundriss, § 33; Hälschner, Birkmeyer, стр. 258, Ianka, § 39, Kohler, Studien, стр. 85; H. Meyer, § 28; германскій Reichsgericht въ своихъ рѣшеніяхъ также неоднократно высказывалъ ту мысль, что эти два понятія взаимно не покрываютъ другъ друга; Н. Сергѣевскій, II, стр. 174, приходитъ къ противоположному выводу, говоря, что всѣ попытки опредѣлить понятія причины на почвѣ объективной окончательно не удались, а рѣшенія вопроса нужно искать въ субъективныхъ условіяхъ дѣйствія.

[2]) Ср. Geyer, Grundriss, § 33.

Выходя изъ того, что причиною можетъ быть только одно изъ предшествующихъ событію условій, что, съ другой стороны, неправильно и практически непригодно считать причиною всякое условіе, естественно искать характеристическаго признака причинности въ преобладающемъ значеніи отдѣльныхъ условій.

Такова попытка, сдѣланная Биндингомъ [1]) въ его теоріи равновѣсія (Gleichgewichtstheorie). Всякое измѣненіе во внѣшнемъ мірѣ есть результатъ побѣдоносной борьбы одной силы съ другою, элементовъ, разрушающихъ данное состояніе, съ элементами, его сохраняющими или влекущими къ другому направленію. . . . причиненіе какого-либо измѣненія тождественно съ измѣненіемъ равновѣсія между противодѣйствующими и содѣйствующими силами въ сторону послѣднихъ, причины суть содѣйствующія условія, достигшія перевѣса надъ условіями противодѣйствующими. При этомъ понятіе причинности опредѣляется Биндингомъ независимо отъ субъективной виновности, такъ какъ во второмъ томѣ своего изслѣдованія (стр. 112) онъ замѣчаетъ: все, что причинено осуществленіемъ воли, то и охватывается волею, безразлично, было ли оно представляемо дѣйствующимъ или нѣтъ.

Но въ дѣйствительности такая простѣйшая форма причинныхъ отношеній можетъ встрѣтиться развѣ въ исключительныхъ случаяхъ: какъ перенесемъ мы идею покоя и равновѣсія на вѣчно движущійся и измѣняющійся міръ жизненныхъ явленій,—міръ, коего все содержаніе исчерпывается понятіемъ движенія и перемѣны? Далѣе, если мы можемъ признавать человѣческое дѣйствіе нарушающимъ взаимное отношеніе силъ, проявившихъ себя до этого момента или одновременно съ нимъ существующихъ, то это понятіе не примѣнимо по отношенію къ силамъ послѣвходящимъ; напротивъ того, всякая вновь привходящая сила измѣняетъ взаимное отношеніе силъ, созданныхъ дѣйствіемъ человѣка, и, слѣдовательно, становится причиною. Такимъ образомъ, является двоякая необходимость: или признать, что всякое дѣйствіе человѣка, разъ ставшее причиною, сохраняетъ это значеніе, несмотря на всѣ позднѣе примыкающія силы, т. е. придти къ тому положенію, что всякое условіе есть причина, или же поставить такой выводъ, что только непосредственно предшествующее результату человѣческое дѣйствіе можетъ быть почитаемо причиною, т. е. перенестись въ до-штюбелевскую теорію причинности. Къ послѣднему выводу и приходитъ сторонникъ Биндинга, Ортманъ [2]), высказывающій слѣдующее соображеніе: исходя отъ правильнаго понятія причины, не трудно усмотрѣть, говоритъ онъ, что только *послѣдній* изъ тѣхъ фактовъ, которыхъ послѣдовательнымъ содѣйствіемъ обусловлено было возникновеніе извѣстнаго явленія, можетъ быть разсматриваемъ какъ причина этого явленія; этотъ выводъ сохраняетъ свою силу и въ томъ случаѣ, когда уже въ какомъ-либо изъ прежде совершившихся фактовъ заключалась возможная причина этого явленія; въ этихъ случаяхъ возможная причинность прежняго событія устраняется дѣйствительною причинностью послѣдняго [3]).

Другая, наиболѣе старая попытка объективнаго ограниченія понятія причины основывается на условіи соотношенія между дѣйствіемъ и результатомъ, на степени вѣроятности ихъ наступленія [4]). Въ этомъ отношеніи результаты сводятся къ тремъ категоріямъ: а) результаты необходимые или неизбѣжные, т. е. такіе, съ которыми извѣстное дѣйствіе мыслится нами при всевозможныхъ комбинаціяхъ и обстановкѣ, такъ что ненаступленіе ихъ

---

1) Normen, I, стр. 38 и сл., II, §§ 47 и 48. Изложеніе и разборъ его теоріи, а также примыкающей къ ней теоріи Ортмана, у Н. Сергѣевскаго, II, стр. 128 и сл., Horu, в. с., стр. 64.

2) Въ статьѣ въ G. 1875 г., стр. 209.

3) Къ этой же группѣ должна быть отнесима и теорія Биркмейера въ G. за 1887 г., стр. 272, признающаго причиною то условіе, которое наиболѣе содѣйствовало (die wirksamste Bedingung) возникновенію дѣянія; эта теорія также примѣнима только къ весьма небольшому количеству случаевъ, когда практически можно доказать преобладающее значеніе какого-либо отдѣльнаго условія; попытка распространить это положеніе на всѣ случаи причиненія опровергается примѣрами, приведенными самимъ же авторомъ. Наконецъ, къ этой же школѣ принадлежитъ и Тонъ (Begriff, стр. 10), который считаетъ причиною условіе, дѣлающее вѣроятнымъ наступленіе результата.

4) Ср. мой курсъ, II, №№ 396 и 397.

было бы нарушеніемъ естественныхъ законовъ; такова, напр., смерть, какъ послѣдствіе отсѣченія головы; б) результаты вѣроятные, т. е. такіе, которые въ большей части случаевъ сопровождаютъ извѣстное дѣйствіе, хотя мы можемъ представить себѣ дѣйствіе и независимо отъ нихъ, такова, напр., смерть, какъ послѣдствіе выстрѣла въ упоръ; в) результаты случайные, которые обыкновенно не сопровождаютъ извѣстное дѣйствіе, а могутъ возникнуть только благодаря особеннымъ исключительнымъ условіямъ, такова, напр., смерть, какъ послѣдствіе легкаго удара по головѣ.

Существованіе этого различія, конечно, несомнѣнно, но можно ли воспользоваться имъ для разрѣшенія вопроса о причинной связи? Можемъ ли мы сказать, что дѣйствіе человѣка тогда только будетъ причиною результата, когда этотъ результатъ могъ быть признанъ неизбѣжнымъ или, по крайней мѣрѣ, вѣроятнымъ его послѣдствіемъ?

Утвердительный отвѣтъ давала доктрина и практика до Штюбеля, но онъ представляется совершенно невѣрнымъ, такъ какъ объективное понятіе причинности опредѣляется не по какой-либо абстрактной схемѣ, а по конкретнымъ условіямъ событія: въ этомъ отношеніи роль отсѣченія головы, выстрѣла въ упоръ, удара палкою по головѣ, какъ скоро это дѣйствіе вызвало смерть, совершенно одинакова.

Указанное различіе на практикѣ можетъ имѣть только процессуальное значеніе, какъ доказательство вины, и притомъ, при винѣ умышленной, для установленія наличности желанія или допущенія результата, а при винѣ неосторожной, для доказательства возможности предвидѣнія вреда. Дѣеспособный человѣкъ, изъ завѣдомо заряженнаго пистолета стрѣлявшій въ кого-либо въ упоръ, развѣ только при какихъ-либо совершенно исключительныхъ условіяхъ можетъ утверждать, что онъ не желалъ или не допускалъ послѣдовавшей смерти; съ другой стороны, ссылка человѣка на то, что онъ не могъ предвидѣть извѣстнаго исхода своего дѣйствія, представляется вполнѣ основательною, когда самое послѣдствіе по отношенію къ дѣйствію было невѣроятнымъ [1]).

159. Наконецъ, третья попытка, представляющаяся мнѣ наиболѣе удачною, исходя изъ условнаго понятія причины, пытается рѣшить этотъ вопросъ на основаніи различія того отношенія, въ которомъ стоятъ дѣйствія человѣка къ другимъ, совпадающимъ съ ними или присоединяющимся къ нимъ силамъ, совмѣстное дѣйствіе коихъ обусловило наступленіе преступнаго результата [2]).

---

[1]) Совершенно аналогично съ этимъ дѣленіемъ различіе послѣдствій общихъ и особенныхъ, т. е. или относящихся ко всѣмъ объектамъ, при всѣхъ условіяхъ даннаго дѣйствія, или же къ отдѣльному лицу, при особенныхъ условіяхъ мѣста и времени совершенія. Ср. мой курсъ, II, №№ 398 и 399.

[2]) Весьма оригинальною представляется, построенная на качественномъ различіи причины и повода, теорія Колера (Kohler, Studien, §84), выдѣляющая изъ суммы условій тѣ, которыя непосредственно вліяютъ на сущность производимаго явленія въ отличіе отъ условій, вліяющихъ на процессъ, энергію, скорость и т. п., этого развитія. Если брошено сѣмя въ землю, то для того, чтобы выросло растеніе, необходимы извѣстныя свойства почвы, теплота, влажность, свѣтъ и т. п., но для того, чтобы изъ этого сѣмени выросъ именно тополь, а не береза, нужно специфическое качество сѣмени, его природа, которое и является причиною бытія тополя. Но и это различіе между творческою силою (Erzeugungskraft) и возбуждаемыми элементами (Erzeugungszustände) не можетъ служить основаніемъ классиѳицированія условій съ точки зрѣнія ихъ причинности. Въ области права, соотношеніе человѣческаго дѣйствія къ преступному результату почти никогда не является творческою силою; оно большею частію только выполняетъ роль одного изъ элементовъ, содѣйствующихъ творческой силѣ, играетъ роль той влажности и теплоты, которыя дали возможность сѣмени дать ростокъ; стоитъ только вспомнить о преступникѣ, спустившемъ собаку съ цѣпи, которая загрызла кого-нибудь, или прорвавшаго плотину, устранившаго подпору камня и т. п. Мало того, въ большинствѣ преступленій, направленныхъ на лицо и его интересы, такою творческою силою будетъ самый организмъ жертвы съ присущими ему законами бытія. Да и въ самомъ примѣрѣ Колера свойство сѣмени только опредѣляетъ органическую природу растенія, но не его *бытіе*, ибо послѣднее столько же зависитъ отъ тѣхъ элементовъ,

Отвлеченное понятіе о причинѣ, какъ суммѣ предыдущихъ, и вытекающее изъ него положеніе о равнозначительности отдѣльныхъ условій, въ абстрактномъ представленіи о преемственности событій, несмотря на его непререкаемость, не имѣетъ значенія по отношенію къ практическому понятію причинности, съ которымъ имѣетъ дѣло уголовное право, такъ какъ послѣднее употребляетъ понятіе причины въ условномъ житейскомъ смыслѣ.

Въ этомъ отношеніи мы, говоря о причинѣ, останавливаемся, прежде всего, только на тѣхъ условіяхъ, которыя представляютъ интересъ для нашего изслѣдованія [1]). Представимъ себѣ, что кого-либо сбросили въ прудъ и сброшенный утонулъ; если мы будемъ опредѣлять причину его смерти, то врачъ, производившій вскрытіе трупа, скажетъ, что такою причиною было прегражденіе доступа въ легкія кислорода, необходимаго для дыханія, а юристъ найдетъ таковою дѣйствіе лица, сбросившаго утонувшаго въ прудъ, и оба будутъ правы съ ихъ точки зрѣнія; съ точки же зрѣнія преемственности явленій, опредѣлившихъ это событіе, надо было бы сказать: мускульное движеніе лица было причиною толчка; притяженіе земли было причиною паденія въ воду; сравнительно большій удѣльный вѣсъ падающаго тѣла былъ причиною погруженія упавшаго въ воду; непроницаемость среды, въ которую попалъ упавшій, была причиною устраненія доступа воздуха въ легкія, а отсутствіе доступа въ нихъ воздуха вызвало прекращеніе обмѣна веществъ въ организмѣ и смерть. Далѣе, также условно опредѣленіе причины и съ точки зрѣнія событія. Преступное дѣяніе, по большей части, представляетъ сложное событіе: раненый кѣмъ-либо умираетъ въ извѣстное время дня, при извѣстномъ состояніи атмосферы, въ извѣстномъ мѣстѣ, при извѣстной обстановкѣ, и т. д.; но съ точки зрѣнія уголовнаго права, опредѣляя причину дѣянія, мы беремъ только извѣстный элементъ событія, составляющій его юридическую сущность, и болѣе или менѣе игнорируемъ остальные; такъ, въ данномъ примѣрѣ, вся задача судьи сводится къ установленію того, чьи дѣйствія могутъ быть признаны причиною смерти; для судьи, по общему правилу, безразлично, что было причиною того, что раненый умеръ въ этой комнатѣ, а не въ другой, что около него были или не были его родные и т. д.

Когда же человѣкъ можетъ быть признанъ причиной, въ только что указанномъ ограниченномъ смыслѣ, причиною вреда или опасности для правоохраненнаго интереса?

Предшествующій обзоръ различныхъ попытокъ даетъ намъ въ этомъ отношеніи право поставить два положенія: 1) человѣческое дѣйствіе можетъ быть названо причиною событія, когда оно является однимъ изъ его условій, и 2) человѣческое дѣйствіе можетъ быть, за малыми исключеніями, такою причиною только при наличности другихъ условій, при содѣйствіи другихъ привходящихъ силъ.

Спорнымъ является, слѣдовательно, только вопросъ: сохраняется ли при-

---

благодаря коимъ сѣмя дало ростокъ, а ростокъ превратился въ дерево.—Изложеніе другихъ попытокъ этой группы—Müller'a, Huther'a и Horn'a, смотри у Гартмана, стр. 27 и сл.

1) Подобныя же соображенія приводитъ теперь Liebmann, Einleitung, стр. 52, а также § 5, die Ausbau der logischen Kausalitätstheorie.

чинная связь дѣйствія человѣка съ результатомъ, каковъ бы ни былъ характеръ и значеніе этихъ привходящихъ силъ, или же существуютъ условія, при которыхъ наличность такихъ силъ устраняетъ причинную связь?

Прежде всего, говоря о присоединяющихся или привходящихъ силахъ, мы имѣемъ въ виду дѣйствительное присоединеніе ихъ въ конкретномъ случаѣ, а не одну только возможность таковаго. Существованіе силы, которая своевременнымъ вмѣшательствомъ могла бы устранить или видоизмѣнить результаты дѣйствія лица, само по себѣ, не разрушаетъ причинной связи. Такимъ образомъ, нанесеніе раны, имѣвшей смертельный исходъ, сохраняетъ характеръ причинной связи между дѣйствіемъ лица, нанесшаго рану, и смертью, хотя бы и было доказано, что, при своевременной и хорошей врачебной помощи, смертельный исходъ могъ бы быть предотвращенъ; равнымъ образомъ, пожаръ вмѣняется полностью поджигателю, хотя бы малѣйшаго участія пожарной команды было достаточно, чтобы потушить пожаръ въ самомъ началѣ и т. д.

Привходящія силы могутъ быть однородны или разнородны и притомъ онѣ могутъ быть отличны отъ первоначально дѣйствующей силы и качественно, и количественно или сходны съ нею. Далѣе, причинная связь можетъ существовать, какъ бы незначительна ни была дѣятельность человѣка, сравнительно съ привходящими силами: какъ ничтожна дѣятельность человѣка, поднесшаго зажженную спичку къ листу бумаги, сравнительно съ разыгравшимся отъ того страшнымъ пожаромъ, истребившимъ цѣлое селеніе, или легкое мускульное движеніе, нажавшее собачку пистолета, сравнительно съ происшедшею отъ того смертью, а между тѣмъ и въ томъ и въ другомъ случаѣ дѣйствіе человѣка есть причина пожара и смерти.

Всматриваясь, однако, ближе въ эти привходящія силы, мы найдемъ нѣсколько оттѣнковъ въ ихъ отношеніи къ дѣятельности виновнаго [1]).

Самою простѣйшею комбинаціею будетъ та, когда дѣйствіе лица возбудило или вызвало присоединившуюся силу; въ этихъ случаяхъ дѣйствующій отвѣчаетъ за послѣдствіе безотносительно къ тому, наступило ли оно одновременно съ дѣйствіемъ, или по истеченіи извѣстнаго промежутка времени: если рана произвела чрезмѣрное кровотеченіе, сотрясеніе мозга и т. п., окончившееся смертью, то ранившій отвѣчаетъ за причиненіе смерти, а не за одно только нанесеніе.

Отвѣтственность несомнѣнно остается и въ томъ случаѣ, когда виновный хотя и не возбудилъ и не вызвалъ привходящія силы, но далъ дѣйствующимъ силамъ такое направленіе, благодаря коему онѣ вызвали результатъ: рана получила смертельный исходъ, благодаря холодной температурѣ, пожаръ распространился, благодаря бывшей въ то время бурѣ и т. п.; въ этомъ случаѣ еще средневѣковая доктрина учила, что dominus causae то же, что causa causae. При этомъ безразлично, заключалось ли въ дѣйствіи виновнаго созданіе условій, содѣйствующихъ данной силѣ, или устраненіе препятствій, существовавшихъ для ея дѣятельности, устраненіе дѣятельности силы, ее останавли-

1) Ср. M. Meyer, в. с., въ особенности стр. 73 и сл.

вающей или задерживающей; точно также безразлично, дано ли было этимъ силамъ новое направленіе, или было ускорено достиженіе результата, къ которому стремилась эта сила сама по себѣ: человѣкъ, прорвавшій плотину, отвѣчаетъ за наводненіе, хотя бы можно было доказать, что черезъ день или два плотина была бы прорвана силою воды.

Но вопросъ ставится иначе въ тѣхъ случаяхъ, когда присоединяющаяся сила не была вызвана или направлена виновнымъ, а возникла, существовала и дѣйствовала независимо отъ его дѣйствія; при этихъ условіяхъ наступившій результатъ не можетъ быть вмѣненъ первоначально дѣйствовавшему: виновный пытался поджечь домъ, который вслѣдъ затѣмъ сгорѣлъ отъ ударившей въ него молніи, раненый умеръ отъ чахотки, или былъ убитъ упавшимъ съ крыши кирпичемъ и т. д. [1]). При этомъ безразлично, измѣнила ли эта самостоятельно прившедшая сила направленіе, данное дѣйствовавшимъ, или она только ускорила, предвосхитила результатъ: если раненый умеръ отъ чахотки, то ранившій отвѣчаетъ только за пораненіе, хотя бы можно было доказать, что рана, позднѣе, привела бы къ желаемому виновнымъ результату.

Наиболѣе спорнымъ представляется вопросъ объ отвѣтственности въ тѣхъ случаяхъ, когда присоединившаяся сила возникла самостоятельно и не была даже направлена виновнымъ, но первоначальная дѣятельность виновнаго облегчила успѣшность дѣйствія привходящей силы, когда, напр., раненый остался лежащимъ въ полѣ и былъ заѣденъ волками. Въ этомъ случаѣ самостоятельный характеръ привходящей силы даетъ основаніе признать прекращеніе возникавшей причинной связи, а съ другой стороны, обусловленность успѣха привходящей силы первоначальнымъ дѣйствіемъ служитъ какъ бы основаніемъ отнесенія всего результата къ первоначальному дѣйствію, какъ къ причинѣ. Въ виду этихъ совершенно разнородныхъ свойствъ этой группы, казалось бы, всего практичнѣе поставить при этихъ условіяхъ признаніе бытія причинной связи въ зависимость отъ преобладанія втораго условія надъ первымъ, облегченія успѣха надъ самостоятельностью, что, въ свою очередь, могло бы быть устанавливаемо только по обстоятельствамъ каждаго отдѣльнаго случая.

Такимъ образомъ, причинная связь не прекращается, какъ скоро привходящія силы были вызваны или направлены дѣйствіемъ виновнаго; равнымъ образомъ, причинная связь можетъ быть признана не устраненною, какъ скоро дѣйствіе виновнаго настолько облегчило успѣхъ присоединившихся силъ, что ихъ независимость является мнимою, а не дѣйствительною; напротивъ того, причинная связь прекращается, какъ скоро привходящія силы возникли и дѣйствовали самостоятельно.

Въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ законъ довольствуется, для признанія дѣянія наказуемымъ, только объективнымъ бытіемъ извѣстнаго результата, установленіемъ вышеуказаннаго предѣла причиненія опредѣляется и предѣлъ уго-

---

1) Таковъ и примѣръ у Майера: господинъ, желая смерти рабочаго, послалъ его во время сильной грозы въ лѣсъ, надѣясь, что его убьетъ молнія, что и случилось; самостоятельность и независимость причины смерти (дѣйствіе электричества) отъ дѣйствія виновнаго исключаетъ его отвѣтственность.

ловнаго вмѣненія; но тамъ, гдѣ по закону для отвѣтственности требуется наличность субъективной вины, за установленіемъ причинной связи наступаетъ дальнѣйшій анализъ соотношенія учиненнаго съ сознаніемъ и хотѣніемъ учинившаго, установляется наличность умысла или неосторожности; во всѣхъ этихъ случаяхъ, какъ и было указано выше, для примѣненія наказанія недостаточно ни одной виновности, ни одной причинности, а необходима виновная причинность.

Присоединяющимися силами, которыя человѣкъ, сознательно или даже иногда не сознательно, обращаетъ въ орудіе своей преступной дѣятельности, могутъ быть: а) силы природы, зиждущія и оживотворяющія окружающій насъ міръ; а въ частности силы физическія и физіологическія, творящія, поддерживающія или разрушающія бытіе человѣка; б) дѣйствія животнаго и, наконецъ, в) дѣйствія человѣка.

Солнечный лучъ чрезъ зажигательное стекло, умышленно приспособленное кѣмъ-либо, зажигаетъ порохъ и производитъ взрывъ, разрушившій домъ, причинившій смерть или искалѣченіе десятка лицъ; запруженная вода, прорвавшись чрезъ отверстіе, умышленно или по неосторожности сдѣланное кѣмъ-либо, затопляетъ посѣвы, сноситъ мельницу, и лицо, приспособившее зажигательное стекло, продѣлавшее отверстіе въ плотинѣ, подлежатъ отвѣтственности за умышленное или неосторожное причиненіе пожара, взрыва или подтопа.

Равнымъ образомъ, будетъ виновникомъ лишенія жизни натравившій на ребенка собаку, его загрызшую; или спустившій съ цѣпи медвѣдя, который заломалъ запертаго въ томъ же помѣщеніи человѣка; отвѣчаетъ за воровство хозяинъ собаки, пріучившій ее таскать мясо изъ мясной или булки изъ булочной, такъ же, какъ и похитившій мясо своими руками, посредствомъ крючка или какого-либо иного приспособленія; умышленно разобравшій изгородь или открывшій околицу, чрезъ которую прошелъ скотъ въ засѣянное поле, отвѣчаетъ за поврежденіе посѣвовъ и т. д.

160. Но наиболѣе разнообразными и юридически интересными будутъ случаи присоединенія въ качествѣ привходящей силы человѣческой дѣятельности, и притомъ или дѣятельности другихъ лицъ, или при извѣстныхъ условіяхъ и особой дѣятельности самого первоначально дѣйствовавшаго [1]).

При присоединеніи дѣятельности другихъ лицъ необходимо различать: а) присоединеніе дѣятельности, не вмѣняемой въ уголовную вину ее учинившему, и б) присоединеніе дѣятельности, за которую уголовно отвѣчаетъ ея виновникъ.

Въ первой группѣ можно также усмотрѣть два оттѣнка: или присоединившееся лицо неспособно къ вмѣненію вообще, или же оно, хотя и обладаетъ дѣеспособностью, но проявило свою дѣятельность при условіяхъ, устраняющихъ вмѣненіе ему совершеннаго. По отношенію къ вопросу о причинной связи и та и другая комбинація представляется совершенно сходною съ предшествовавшими: для лица, воспользовавшагося дѣйствіями невмѣняе-

1) Ср. M. Mayer, стр. 93 и сл.

маго, таковой субъектъ является тѣмъ же орудіемъ, какъ и стихійныя силы или натравленное животное; поэтому присоединяющееся дѣйствіе, невмѣняемое лицу, его учинившему, не прекращаетъ причинную связь, какъ скоро оно было вызвано или обусловлено дѣятельностью первоначально дѣйствовавшаго, и, наоборотъ, устраняетъ таковую, какъ скоро присоединяющееся дѣйствіе возникло и проявилось самостоятельно. Точно также и въ этихъ случаяхъ для уголовной отвѣтственности первоначально дѣйствовавшаго, независимо отъ установленія причинной связи, необходимо установленіе его виновности, т. е. вмѣненіе учиненнаго имъ въ умыслѣ или неосторожность.

Подговорившій ребенка поджечь домъ; давшій умалишенному, находящемуся въ припадкѣ бѣшенства, въ руки ножъ, которымъ тотъ ударилъ сидѣлку, врача; принудившій кого-либо физическою силою или угрозою лишить жизни, подписаться чужимъ именемъ на документѣ, отвѣчаетъ за учиненное этими лицами преступное дѣяніе, на томъ же основаніи, какъ и тотъ, кто подложилъ самъ горящую солому подъ домъ, нанесъ ударъ ножомъ, поддѣлалъ чью-либо подпись. Сторожъ при домѣ умалишенныхъ, по небрежности забывшій запереть окно въ комнатѣ больнаго, изъ котораго тотъ выпрыгнулъ и убился до смерти, отвѣчаетъ за неосторожное лишеніе больнаго жизни и т. д. [1]).

Но изъ второй группы случаевъ—присоединенія уголовно-наказуемой дѣятельности другихъ лицъ, необходимо далѣе отдѣлить такъ называемое соучастіе, т. е. проявленіе въ учиненномъ преступномъ дѣяніи общей виновности нѣсколькихъ совмѣстно дѣйствующихъ лицъ, такъ какъ ученіе о соучастіи будетъ разсмотрѣно далѣе отдѣльно, и нужно имѣть въ виду только случаи стеченія виновности многихъ въ одномъ дѣяніи, не подходящіе подъ техническое понятіе соучастія.

При этой комбинаціи виновность примыкающаго лица можетъ быть, конечно, или умышленная или неосторожная.

Какъ скоро привходящее лицо дѣйствовало умышленно, т. е. сознательно и волимо направляло свою дѣятельность на воспроизведеніе преступнаго результата, который, благодаря этой дѣятельности, и былъ осуществленъ, то такая самопочинная дѣятельность получаетъ характеръ самостоятельно привступающей силы и, слѣдовательно, прекращаетъ причинную связь первоначально дѣйствовавшаго съ результатомъ.

При этомъ безразлично, дѣйствовало ли второе лицо по прямому умыслу, или по безразличію, была ли дѣятельность первоначально дѣйствовавшаго сама по себѣ умышленная или неосторожная; находилась ли со стороны объективной вторичная дѣятельность въ извѣстномъ соотношеніи съ первою, или между ними не существовало никакого отношенія. Если кто-либо умышленно отравилъ другаго, ранилъ его, но прежде чѣмъ наступила смерть, другое лицо, не будучи соучастникомъ перваго, сознательно и волимо застрѣлило отравленнаго или задушило раненаго, то первое лицо можетъ быть обвиняемо въ покушеніи, попыткѣ, но не въ оконченномъ убійствѣ; если кто-либо

---

1) Любопытный примѣръ этого рода разсмотрѣнъ въ рѣшеніи германскаго имперскаго суда 18 Декабря 1882 г. (Entsch., VII, № 99).

неосторожно оставилъ въ комнатѣ заряженное ружье, приготовленную для мышей отраву, а другое лицо сознательно и волимо воспользовалось этимъ средствомъ для убійства, или самоотравленія, то, конечно, этотъ результатъ не можетъ быть поставленъ на счетъ первоначально дѣйствовавшаго.

Иначе, по моему мнѣнію, разрѣшаются тѣ случаи, когда лицо привходящее дѣйствуетъ неосторожно. Отсутствіе сознательнаго направленія дѣятельности, сознательнаго почина, не даетъ права признавать эту дѣятельность самостоятельною силою, а ея значеніе, по отношенію къ устраненію причинной связи, опредѣляется по тѣмъ же началамъ, какъ и вліяніе дѣятельности невмѣняемой. Слѣдовательно, неосторожная дѣятельность не устраняетъ причинной связи, какъ скоро неосторожность была вызвана или обусловлена первоначальною дѣятельностью, и, наоборотъ, связь исчезаетъ, какъ скоро неосторожное дѣйствіе имѣло самостоятельный источникъ [1]).

При этомъ это положеніе, казалось бы, должно быть примѣняемо независимо отъ того, какого рода виновность заключалась въ первоначальномъ дѣйствіи, т. е. было ли оно умышленное или неосторожное.

По отношенію къ умышленнымъ дѣяніямъ, такой выводъ вполнѣ очевиденъ. Отравитель не освобождается отъ отвѣтственности, хотя бы отрава была подана жертвѣ третьимъ лицомъ, только по очевидной небрежности не замѣтившимъ особаго цвѣта и запаха поднесеннаго питья; поджигатель отвѣчаетъ за поджогъ, хотя бы зажженное имъ разгорѣлось только благодаря неосторожности другаго лица, выливпаго, впопыхахъ, на загорѣвшееся вмѣсто воды керосинъ. Но если, напр., отравленный, прежде чѣмъ подѣйствовалъ ядъ, былъ задавленъ неосторожно ѣхавшимъ кучеромъ, то отравитель отвѣчаетъ только за покушеніе.

Но вопросъ становится спорнымъ, когда неосторожная дѣятельность втораго присоединилась къ неосторожнымъ же дѣйствіямъ перваго, когда, напр., какъ при желѣзнодорожныхъ крушеніяхъ, вредъ является продуктомъ небрежности и начальника станціи, и стрѣлочника, и машиниста.

Нѣкоторые нѣмецкіе криминалисты, какъ, напр., Баръ [2]), Ортманъ,

---

1) Германскій Reichsgericht призналъ, что неосторожность раненаго не исключаетъ причинной связи и отвѣтственности ранившаго за послѣдствія раны (рѣшенія 12 Апр. 1880 г., Entsch. I, № 174 и 2 Мая 1882 г., Entsch. VI. № 88); что учинившій поджогъ отвѣчаетъ за смерть лица, находившагося въ домѣ, хотя бы эта смерть обусловливалась собственною неосторожностью умершаго (рѣш. 3 Дек. 1881 г., Entsch. V, № 66). Sauvard, Le délit d'imprudence, стр. 61, приводитъ случай, разсматривавшійся въ итальянскомъ кассаціонномъ судѣ 2 Мая 1891 г.: кондукторъ плохо затворилъ дверь вагона, отворявшуюся наружу; во время движенія поѣзда ребенокъ оперся на дверь, дверь отворилась и ребенокъ упалъ изъ вагона, а за нимъ въ испугѣ бросился и его отецъ; ребенокъ отдѣлался легкими ранами, а отецъ получилъ увѣчья, отъ которыхъ и умеръ. Кассаціонный судъ призналъ, что кондукторъ отвѣтственъ и за смерть; при этомъ судъ, между прочимъ, высказалъ: что небрежность кондуктора была не только поводомъ происшествія, но и его не прямою причиною, и что отвѣтственность существуетъ не только за то, что совершено виновнымъ, но и за то, чему онъ былъ причиною. Въ практикѣ нашего уголов. кассац. департ. былъ подобный же случай. Переплетчикъ Мартенсъ обвинялся въ томъ, что по небрежности оставилъ заряженный пистолетъ въ комнатѣ, гдѣ были подмастерья и ученики, одинъ изъ подмастерьевъ, шутя, прицѣлился въ мальчика, неожиданно произошелъ выстрѣлъ и мальчикъ былъ убитъ. Сенатъ призналъ Мартенса отвѣчающимъ по ст. 1468 ул.

2) Kausalzusammenhang, стр. 22 и сл.

*

полагаютъ правильнымъ примѣненіе въ этихъ случаяхъ, если не общепринятаго, то весьма распространеннаго между цивилистами, ученія о такъ называемой компенсаціи или зачетѣ неосторожности, благодаря коему отвѣтственность падаетъ всегда на послѣдняго неосторожно дѣйствовавшаго. Но доводы защитниковъ этого взгляда не представляются особенно вѣскими. Во-1-хъ, указаніе на то, что такая система примѣняется относительно умышленной привходящей дѣятельности, не убѣдительно, такъ какъ между привходящею дѣятельностью—умышленною и неосторожною, существуетъ различіе не только количественное, но и качественное, а потому отъ свойствъ одной нельзя заключать о свойствахъ другой. Во-2-хъ, указаніе на то, что излишнее увеличеніе числа лицъ, отвѣчающихъ за неосторожность, можетъ быть дѣлаемо только въ интересахъ пострадавшаго, но что оно крайне вредно для общества, ограничивая духъ предпріимчивости, заставляя каждаго ежеминутно опасаться быть привлеченнымъ къ отвѣтственности, также не основательно. При какой-либо желѣзнодорожной катастрофѣ для гарантіи общественной безопасности несомнѣнно важно, чтобы къ отвѣтственности можно было привлечь не только, напр., пьянаго машиниста, не убавившаго хода поѣзда тамъ, гдѣ это слѣдовало, но и начальника станціи, отпустившаго поѣздъ съ завѣдомо пьянымъ машинистомъ; не только сторожа, не доглядѣвшаго порчу пути, но и начальника дистанціи; если кто-нибудь изъ переѣзжавшихъ черезъ рѣку въ лодкѣ изъ шалости закричалъ «тонемъ», другіе, сидѣвшіе въ лодкѣ, бросились къ одному борту и лодка дѣйствительно перевернулась, то, разумѣется, неосторожность бросившихся не уничтожаетъ отвѣтственности кричавшаго; если, при встрѣчѣ двухъ пароходовъ, оба капитана, по небрежности, не подали установленныхъ сигналовъ, произошло столкновеніе и одинъ изъ пароходовъ пошелъ ко дну, то неосторожность одного капитана не исключаетъ отвѣтственности другаго.

Далѣе, присоединяющеюся силою могутъ быть дѣйствія самаго виновнаго. Случаи, сюда относящіеся, представляются весьма разнообразными, а нѣкоторые изъ нихъ и весьма спорными въ доктринѣ; но, по моему мнѣнію, ихъ разрѣшеніе должно быть установлено по основаніямъ, аналогичнымъ съ тѣми, какія были указаны выше, относительно присоединяющейся дѣятельности другихъ лицъ.

Эта послѣдующая дѣятельность лица, сама по себѣ взятая, можетъ быть или не вмѣняема дѣйствующему, или вмѣняема ему. Въ первомъ случаѣ, конечно, присоединяющаяся дѣятельность должна уподобляться дѣйствію силъ природы и не можетъ устранять причинной связи, какъ скоро она была вызвана или обусловлена первоначальною дѣятельностью лица; на этомъ основаніи покоится, съ объективной стороны, вмѣненіе результатовъ, учиненныхъ при такъ называемыхъ actiones liberae in causa.

Далѣе, если эта позднѣйшая дѣятельность сама вмѣняется въ вину и притомъ въ вину умышленную, то и тутъ могутъ быть два оттѣнка: она можетъ являться только дальнѣйшимъ развитіемъ первоначальной дѣятельности—человѣкъ вошелъ на дворъ, влѣзъ въ окно, взломалъ замокъ у сундука, взялъ находящіяся тамъ вещи,—всѣ эти дѣйствія составляютъ одну общую дѣятельность, образующую составъ кражи; или же новая дѣятельность является совершенно самостоятельною, хотя бы и предпринятою ради той же

цѣли; въ этомъ случаѣ новая умышленная дѣятельность послужитъ основаніемъ для прекращенія причинной связи; такимъ образомъ, лицо, давшее кому-либо отраву, а затѣмъ, когда отрава не подѣйствовала, задушившее жертву, будетъ обвиняться въ оконченномъ простомъ убійствѣ, а не въ отравленіи; лицо, по неосторожности давшее отраву, а потомъ умышленно зарѣзавшее отравленнаго, будетъ обвиняться въ умышленномъ убійствѣ и т. д.

Наконецъ, послѣдующая дѣятельность самого виновнаго можетъ быть продуктомъ его небрежности. Казалось бы, что она можетъ разрушить причинную связь первоначальнаго дѣйствія только въ томъ случаѣ, если эта небрежность не вызвана и не обусловлена прежнею дѣятельностью; но въ литературѣ, а въ особенности германской, случаи этого рода, встрѣчавшіеся, хотя и не особенно часто, и въ судебной практикѣ, вызвали серьезный споръ и цѣлую литературу [1]). Примѣромъ такой комбинаціи обыкновенно приводятъ такой случай: виновный нанесъ съ умысломъ кому-либо ударъ, а потомъ, думая, что жертва умерла, ради скрытія преступленія, сбросилъ предполагаемый трупъ въ воду, или симулировалъ самоубійство, а между тѣмъ оказалось, что смерть произошла отъ этого втораго дѣйствія; отвѣчаетъ ли виновный за оконченное убійство или только за покушеніе?

Разрѣшеніе такой комбинаціи предлагаютъ троякое: одни [2]) видятъ здѣсь прекращеніе причинной связи и двойственную виновность: умышленное покушеніе и неосторожное или даже случайное оконченное дѣяніе, такъ какъ виновный, предпринимая послѣднее дѣйствіе, не предвидѣлъ, а иногда даже и не могъ предвидѣть, что оно повлечетъ за собою смерть. Но это воззрѣніе, бывшее необходимымъ выводомъ изъ того положенія, что всякое неосторожное дѣйствіе человѣка, привходящее къ какой-либо дѣятельности, устраняетъ причинную связь, представляется, и практически и теоретически, несостоятельнымъ. Если кто-либо нанесъ другому рану, хотя и смертельную, но вызвавшую смерть не мгновенно, а чрезъ два или три дня, то онъ все-таки отвѣчаетъ за оконченное убійство; но если виновный, прежде наступленія дѣйствительной смерти, совершилъ надъ мнимоумершимъ изъ злобы, звѣрства, какое-либо истязаніе, надругательство, и окажется, что смерть произошла отъ этого втораго дѣйствія, то наказаніе ему смягчается, такъ какъ онъ будетъ отвѣчать только за покушеніе; но такой выводъ противорѣчитъ здравому смыслу.

Это противорѣчіе привело къ другой попыткѣ разрѣшенія этого вопроса, получившей названіе теоріи общаго умысла [3]), и признававшей объединеніе всей дѣятельности одною преступною рѣшимостью, направленною къ осуществленію главной цѣли. Но и эта попытка не представляется удовлетворительною. Конечно, сложившееся и осуществляющееся намѣреніе обыкновенно не скоро исчезаетъ въ душѣ преступника, такъ что если вторичная дѣятельность примыкаетъ по времени къ первой, то часто первоначальный умыселъ

---

1) Ср. литературныя указанія въ моемъ курсѣ, II, № 405, прим. 180.

2) За это мнѣніе высказались: Berner, Köstlin, Geib, Schütze, Geyer, H. Meyer.

3) Weber, Ueber verschiedene Arten des dolus, въ архивѣ уголовнаго права, т. VII, стр. 549; этотъ взглядъ защищаютъ: Schwarze, Wächter.

остается господствующимъ, а потому можетъ характеризовать и эту дѣятельность. Но такое положеніе не имѣетъ безусловнаго значенія; могутъ быть и иные случаи, когда первоначальный умыселъ исчезъ и замѣнился новымъ, направленнымъ не на прежнюю, а на новую цѣль, а при такихъ условіяхъ, конечно, теорія общаго умысла не приложима.

Третья попытка [1]) объединяетъ въ этихъ случаяхъ послѣдствіе съ первоначальнымъ дѣйствіемъ не субъективно, а объективно, не признавая здѣсь перерыва причинной связи, основываясь на томъ, что ошибка и заблужденіе, опредѣлившія вторичную дѣятельность, бывшую непредвидѣнною причиною смерти, были вызваны первоначальною умышленною дѣятельностью; для признанія же извѣстнаго дѣянія умышленнымъ вовсе не требуется, чтобы умыселъ продолжался непрерывно, какъ во время дѣйствія, такъ и во время наступленія результатовъ, такъ какъ мы, напр., знаемъ, что лицо, умышленно нанесшее смертельную рану, а потомъ старавшееся всѣми средствами отвратить смертельный исходъ, тѣмъ не менѣе отвѣчаетъ за умышленное убійство [2]).

Связь первоначальной дѣятельности съ послѣдствіемъ прекратится только въ томъ случаѣ, если вторичная дѣятельность лица не находится ни въ какомъ соотношеніи съ предшествующею, а является вполнѣ самостоятельною.

Такимъ образомъ, съ этой точки зрѣнія привходящія дѣйствія самого виновнаго, по отношенію къ перерыву причинной связи, разсматриваются такъ же, какъ и привходящія дѣйствія третьихъ лицъ.

161. Виновное посягательство на правоохраненный интересъ или преступное дѣяніе, какъ проявленіе преступной личности, какъ соціально или государственно вредное или опасное явленіе, какъ юридическое отношеніе, ставящее учинившаго въ особыя отношенія къ государственной карательной власти, во всѣхъ этихъ отношеніяхъ можетъ являться или простымъ, обособленнымъ, точно опредѣленнымъ по мѣсту, времени и объекту посягательства, или же осложняется настолько, что является сомнительнымъ, а иногда даже и весьма труднымъ рѣшеніе вопроса о томъ, слѣдуетъ ли отнести его къ группѣ единичной виновности, или же оно входитъ въ повторную преступную дѣятельность, въ понятіе совокупности преступныхъ посягательствъ.

Такая осложненность можетъ зависѣть или отъ свойства тѣхъ нормъ, на которыя посягаетъ виновный, или отъ условій преступнаго посягательства.

Сложныя преступныя дѣянія первой группы представляютъ въ свою очередь нѣсколько оттѣнковъ. Такъ, преступное дѣяніе можетъ заключать въ себѣ одновременное посягательство на нѣсколько нормъ, причемъ каждое посягательство совмѣщаетъ самостоятельный преступный составъ: пощечина

---

1) Ср. въ особенности Krug, Zur Frage vom dolus generalis въ архивѣ Гольтдаммера, X, стр. 734; то же Rohland, Gefahr, стр. 58, Bar, повидимому, Н. Сергѣевскій.

2) Чебышевъ-Дмитріевъ, О покушеніи, стр. 39, въ примѣненіи къ уложенію 1845 г. замѣчаетъ: законъ не требуетъ, чтобы совершеніе произведено было именно тѣмъ актомъ, на который разсчитывалъ преступникъ, не требуетъ, чтобы между дѣйствіемъ и послѣдствіемъ была именно та связь, которую имѣлъ въ виду преступникъ; онъ требуетъ только, чтобы преднамѣренное виновнымъ зло дѣйствительно произошло отъ его дѣйствій, т. е. довольствуется общимъ соотношеніемъ между дѣйствіемъ и послѣдствіемъ.

можетъ быть разсматриваема и какъ посягательство на тѣлесную неприкосновенность и какъ посягательство на честь; насильственная плотская связь съ близкою родственницею составляетъ и изнасилованіе и кровосмѣшеніе, и т. п. Иногда такія посягательства на различныя нормы объединяются закономъ, составляя особый отягченный видъ посягательства; такъ, разбой содержитъ въ себѣ и посягательство на личность и посягательство на имущество. Иногда же преступное дѣяніе заключаетъ въ себѣ одновременное, но въ тоже время многократное посягательство на проявленіе одной и той же нормы: одновременное убійство нѣсколькихъ лицъ, обруганіе многихъ однимъ выраженіемъ или словомъ и т. п.

Еще болѣе разнообразія представляютъ осложненныя преступныя дѣянія второй группы.

Таковы, напр., разсмотрѣнные ранѣе случаи осложненія виновности, когда въ одномъ и томъ же дѣяніи проявляются элементы умысла и неосторожности, или различные оттѣнки умышленной вины; далѣе, случаи осложненія внѣшней стороны, объемлющей нѣсколько актовъ послѣдовательно смѣнявшейся дѣятельности виновнаго, подходящихъ подъ составъ различныхъ преступныхъ дѣяній, въ особенности совмѣщающихъ въ себѣ различныя степени осуществленія воли во внѣ.

Особенно своеобразными представляются тѣ типы осложненныхъ преступныхъ дѣяній, въ которыхъ неоднократно воспроизводится полный составъ преступленія и которыя, благодаря тому, всего ближе подходятъ къ понятію повторной дѣятельности. Таковы, напр., продолжаемыя преступныя дѣянія, въ коихъ съ внѣшней стороны дѣяніе состоитъ изъ нѣсколькихъ частей, заключающихъ каждая полный составъ преступнаго дѣянія и даже отдѣленныхъ другъ отъ друга болѣе или менѣе значительнымъ промежуткомъ времени, но связанныхъ однимъ общимъ преступнымъ намѣреніемъ; такова, напр., кража съ чердака бѣлья въ нѣсколько пріемовъ, жестокое обращеніе, выразившееся въ истязаніяхъ, продолжавшихся иногда нѣсколько недѣль, мѣсяцевъ и т. п. Далѣе, преступныя дѣянія длящіяся или обращающіяся въ преступное состояніе, когда посягательство на норму, разъ совершившись, непрерывно повторяется до наступленія какого-либо противоположнаго событія, таковы, напр., случаи противозаконнаго лишенія свободы, отпаденія отъ православія, присвоенія непринадлежащаго виновному званія, чина и т. д. Наконецъ, къ осложненнымъ же типамъ относятся нѣкоторые случаи проявленія преступной привычки и ремесла, предполагающіе всегда рядъ аналогичныхъ или тождественныхъ проявленій виновности [1]).

II. Развитіе преступной дѣятельности.

162. Энергическимъ актомъ рѣшимости преступная воля изъ періода замысла переходитъ въ дѣятельность; но путь, который предстоитъ пройти

---

1) Такъ какъ наиболѣе важное значеніе имѣютъ эти оттѣнки для разграниченія единой и повторной виновности, какъ основы опредѣленія мѣры отвѣтственности, то подробный ихъ разборъ сдѣланъ далѣе при изложеніи ученія о мѣрѣ наказанія.

преступнику до осуществленія задуманнаго, бываетъ иногда весьма продолжителенъ и его отдѣльныя ступени представляютъ значительный интересъ въ ученіи объ юридической конструкціи преступнаго дѣянія.

Эти ступени развивающейся преступной дѣятельности, какъ проявленіе во внѣ преступной воли, логически могутъ быть сведены къ тремъ типамъ: 1) воли обнаружившейся, заявившей чѣмъ-либо свое бытіе, но не приступавшей еще къ осуществленію задуманнаго; 2) воли осуществляющейся, т. е. покушающейся учинить преступное дѣяніе, и 3) воли осуществившейся.

Каждый изъ этихъ трехъ типовъ подлежитъ отдѣльному разсмотрѣнію [1]).

Обнаруженіе преступной воли. Психическій процессъ развитія преступной воли можетъ иногда длиться болѣе или менѣе значительное время: промелькнувшее желаніе должно установиться, окрѣпнуть, намѣченная дорога должна опредѣленно выясниться; иногда задумавшій преступное дѣяніе долженъ подробно вникнуть въ конкретныя условія дѣятельности, чтобы его воля получила дѣйствительно опасный для общества характеръ, а не оставалась въ области мечтаній; но весь этотъ, иногда весьма сложный, процессъ сформированія умысла лежитъ за предѣлами человѣческой юстиціи; она не имѣетъ ни средствъ, ни способовъ проникнуть въ эту сокровенную для другихъ работу мысли. «Безсмертный, гордый разумъ человѣка лишь самому себѣ даетъ отвѣтъ за каждое движенье тайной мысли,» или, какъ говоритъ нашъ великій поэтъ: «слова твои, дѣянья—судятъ люди, но помышленія единый видитъ Богъ» [2]).

---

1) См. литературныя указанія въ моемъ курсѣ, II, № 284, прим. 1; изъ отдѣльныхъ приведенныхъ тамъ монографій, а равно и изъ послѣдующихъ изслѣдованій можно указать: Ратовскій, О покушеніи, 1842 г.; Чебышевъ-Дмитріевъ, Опыты по уголовному праву, I, о покушеніи, 1866 г.; Орловъ, О покушеніи на преступленіе по началамъ теоріи и современнымъ законодательствамъ, 1868 г.; Г. Колоколовъ, Къ ученію о покушеніи, 1884 г.; H. Zachariae, Die Lehre vom Versuche der Verbrechen, 2 т. 1836—1839 г., въ дополненіе къ этому его статьи въ архивѣ Гольтдаммера; Bauer, Von dem Versuche eines Verbrechens, въ его Abhandlungen, 1840 г., I, стр. 307—408; статьи Миттермайера въ архивѣ уголовнаго права: Beiträge zur Lehre vom Versuche der Verbrechen I, стр. 163; Ueber den Anfangspunkt der Strafbarkeit der Versuchshandlungen II, стр. 602; über den Unterschied vollendeter und versuchter Verbrechen und über die Grade des Versuchs, IV, стр. 1 и сл.; Sautois, Des principes théoriques de la tentative, 1847; Bar, Zur Lehre vom Versuche und Theilnahme am Verbrechen, 1859 г.; L. Cohn, Zur Lehre vom versuchten und unvollendeten Verbrechen, 1880 г., L. Baumgarten, Die Lehre vom Versuche der Verbrechen, 1888; съ подробною историческою частью и обзоромъ предшествующей доктрины о покушеніи во Франціи, Италіи и Германіи; K. Klee, Die Wille und Erfolg in der Versuchslehre, 1898 г.; Eisenmann Die Grenzen des strafbaren Versuchs, L. Z. XIII, стр. 454 и сл.; Horn, Der Versuch, L. Z. XX стр. 300—362. Подробныя литературныя указанія у Geyer, Grundriss, стр. 129. Обстоятельно изложенъ этотъ отдѣлъ у новыхъ французскихъ криминалистовъ: Molinier, I, стр. 32—93; у Garraud, №№ 176—188 и у Lainé, №№ 132—176; оба послѣдніе различаютъ шесть ступеней развитія: 1) преступный умыселъ, 2) приготовленіе, 3) покушеніе, 4) неудавшееся преступленіе, 5) покушеніе, неудавшееся по негодности средствъ и объекта, и 6) оконченное преступное дѣяніе. Champcommunal, Etude critique de la législation comparée sur la tentative, 1895.

2) Такъ и Екатерина II-я въ наказѣ говорила: «законы не обязаны наказывать никакихъ другихъ, кромѣ внѣшнихъ или наружныхъ дѣйствій». Уложеніе 1845 г. въ статьѣ 6-й говорило: при сужденіи о преступленіяхъ умышленныхъ принимаются во вниманіе и различаются: одинъ лишь

Такимъ образомъ, для возбужденія вопроса объ уголовной отвѣтственности [1]) необходимо, чтобы формирующійся или сформировавшійся умыселъ чѣмъ-либо проявилъ или обнаружилъ себя во внѣ, хотя бы притомъ виновный и не приступалъ еще къ выполненію задуманнаго; такимъ обнаруженіемъ, примѣняясь въ терминологіи нашего уложенія о наказ. могутъ быть признаки умысла и приготовленіе.

Признакомъ умысла, какъ говорило уложеніе 1845 г. (ст. 7), почитается изъявленіе на словахъ или письменно, или же инымъ какимъ-либо дѣйствіемъ, намѣренія учинить преступленіе. Къ числу такихъ признаковъ, прибавляло оно далѣе, принадлежатъ: угрозы, похвальбы и предложеніе сдѣлать какое-либо зло; но, очевидно, такое указаніе имѣетъ только характеръ примѣровъ, такъ какъ, по словамъ той же статьи, о бытіи умысла можетъ быть заявлено и всякимъ инымъ дѣйствіемъ, какъ, напр., занесеніемъ преступныхъ предположеній въ дневникъ, [2]) простою перепискою, мимикою и т. п.

Но можетъ ли почитаться наказуемымъ одно такое заявленіе о преступномъ умыслѣ [3])?

Конечно, въ подобныхъ случаяхъ судъ имѣетъ передъ собою извѣстную матеріальную основу, дающую возможность начать уголовное преслѣдованіе, такъ какъ заявленіе можетъ быть обставлено такими условіями, которыя устраняютъ всякое сомнѣніе въ наличности преступной воли; съ другой стороны, нельзя отрицать, что иногда наказуемость такихъ заявленій можетъ быть полезною для интересовъ частнаго лица и въ особенности общества, пресѣкая преступную волю въ самомъ ея зародышѣ. Но всѣ эти доводы парализуются еще болѣе вѣскими соображеніями противъ наказуемости обнаруженнаго умысла.

Прежде всего, наказаніе получаетъ, при такой постановкѣ вопроса, совершенно случайный характеръ: далеко не всякій преступникъ окажется настолько болтливымъ, что безъ нужды, не приступая къ дѣйствію, будетъ заявлять о питаемыхъ имъ преступныхъ замыслахъ; напротивъ того, чѣмъ хладнокровнѣе и опытнѣе преступникъ, тѣмъ менѣе шансовъ, чтобы онъ раскрылъ свой замыселъ. Далѣе, наказуемость одного умысла даетъ слишкомъ широкій просторъ судейскому произволу: такое заявленіе даетъ право заключать о существованіи преступной мысли, желанія; но какимъ образомъ удо-

---

черезъ что-либо обнаруженный на преступленіе умыселъ, приготовленіе къ приведенію онаго въ дѣйство, покушеніе на совершеніе и самое совершеніе.

1) Еще далѣе идутъ сторонники «личной преступности»; В. Есиповъ, стр. 235, полагаетъ, что умыселъ не обнаруженный свидѣтельствуетъ только о личномъ состояніи нравственной порочности, о личномъ состояніи опасности, а лишь умыселъ обнаруженный о личномъ состояніи преступности. Такимъ образомъ, одно занесеніе преступной мысли въ дневникъ обращаетъ безнравственное въ преступное.

2) Извѣстный процессъ отравительницы маркизы de Brinvilliers, которая записывала въ дневникъ всѣ свои преступныя дѣянія.

3) Ср. Rossi, Traité, II, глава XXVI; Zachariae, I, § 98; весьма обстоятельныя возраженія противъ наказуемости обнаруженія умысла у Haus, № 272—275, 404; Garraud, № 177; А. Кистяковскій, № 283 и 284. Еще Терезіана говорила объ оскорбленіи величества durch blossen Willen, durch Bestrebung und durch Wissenschaft. Еще шире было примѣненіе преслѣдованія за голый умыселъ въ области религіозныхъ преступленій.

стовѣрится судья въ степени энергіи преступной воли, удостовѣрится въ томъ, что за этими словами, предположеніями, слѣдовала бы дѣятельность, какъ отличитъ онъ фантастическія построенія отъ дѣйствительной преступной рѣшимости? А между тѣмъ карательная дѣятельность государства можетъ имѣть дѣло съ дѣйствіями людей, а не съ ихъ желаніями, предположеніями. Если лицо, заявившее преступное намѣреніе, возбуждаетъ опасеніе, то власть можетъ усугубить надзоръ за нимъ, но она не можетъ карать, пока не обнаружится со стороны этого лица дѣйствительная попытка ниспровергнуть требованія авторитетной воли; съ мысли, какъ говоритъ народная поговорка, пошлины не берутъ [1]).

Это начало принимаетъ и наше дѣйствующее уложеніе, вовсе не упоминающее въ общей части о наказуемости обнаруженія умысла. Даже уложеніе 1845 г. хотя и говорило въ ст. 111, что случаи, въ коихъ за умыселъ, смотря по роду и важности преднамѣреннаго преступленія, полагается наказаніе, именно означены въ законѣ [2]), но въ особенной части такія спеціальныя правила встрѣчались только въ группѣ преступленій государственныхъ.

Правда, законъ называлъ въ числѣ признаковъ умысла угрозу, а угроза, даже не соединенная съ корыстною цѣлью, подлежитъ наказанію, но угроза наказывается не какъ обнаруженіе умысла, а какъ самостоятельное преступное дѣяніе, благодаря тому безпокойству, волненію, которое угроза или похвальба производитъ въ угрожаемомъ лицѣ или въ обществѣ. На этомъ основаніи, для примѣненія наказанія за угрозу, не имѣетъ никакого существеннаго значенія вопросъ о томъ, имѣлъ ли угрожавшій дѣйствительно намѣреніе выполнить то, чѣмъ онъ угрожалъ, или нѣтъ: написавшій изъ шутки подметное письмо съ угрозою сжечь чей-либо домъ подлежитъ наказанію, хотя бы онъ доказалъ, что никогда не думалъ совершать, да и не могъ совершить поджога.

Точно такъ же не знаетъ наше право общаго положенія о наказуемости предложенія учинить преступленіе, какъ это принято закономъ бельгійскимъ 1875 г. и германскимъ 1876 г., такъ какъ такое предложеніе не можетъ быть подводимо подъ понятіе подстрекательства. Исключеніе составляютъ лишь государственныя преступленія и то лишь въ томъ отношеніи, что по ст. 102 наказывается виновный въ подстрекательствѣ къ составленію мятежническаго сообщества, хотя бы таковое и не образовалось [3]).

---

1) То же выражаютъ и нѣмецкія пословицы: «Gedanken sind zollfrei», но, прибавляетъ она, «nicht höllenfrei»; «für's Denken thut man Keinem henken»; это же начало выразилось и въ извѣстномъ изреченіи Ульпіана «cogitationis poenam nemo patitur». Изъ нашихъ старыхъ криминалистовъ еще Цвѣтаевъ, Начертаніе, стр. 13, говорилъ: гдѣ было одно намѣреніе, но не было дѣйствія, тамъ нѣтъ вины». Еще ранѣе императрица Екатерина II-ая въ наказѣ высказала: законы не обязаны наказывать никакихъ другихъ кромѣ внѣшнихъ или наружныхъ дѣйствій (ст. 477).

2) Такъ, уголовный кассаціонный департаментъ призналъ ненаказуемымъ обнаруженіе умысла: при кражѣ (71/835, Басалаева); при мошенничествѣ (71/290, Максимовскаго; 72/1587, Попова); при убійствѣ (72/941, Корніевскаго).

3) Болѣе широкія исключенія знало уложеніе 1845 г. въ ст. 241; см. подробный разборъ этихъ случаевъ въ моемъ курсѣ, II, № 291—293; ср. въ Судебномъ Вѣстникѣ за 1876 г. статьи по этому вопросу: Фойницкаго (№№ 20, 21, 35), Анцыферова (№№ 33, 34, 45) и Кистяковскаго (№ 37)

163. *Приготовленіе* [1]). Съ нѣсколько инымъ значеніемъ являются такъ называемыя приготовительныя дѣйствія, когда виновный запасается извѣстными средствами для выполненія задуманнаго, собираетъ необходимыя для того свѣдѣнія, ставитъ себя въ такое положеніе, при которомъ является возможность дѣйствовать и т. д. Случаи этого рода, во-1-хъ, весьма нерѣдко встрѣчаются въ судебной практикѣ, а во-2-хъ, они иногда могутъ представлять весьма серьезную опасность для правоохраненныхъ интересовъ.

Старая доктрина, въ особенности нѣмецкая, смотрѣла на приготовленіе, какъ на особый видъ покушенія, и характеризовала его, какъ отдаленное покушеніе [2]); но съ двадцатыхъ годовъ нынѣшняго столѣтія, подъ несомнѣннымъ вліяніемъ французскаго права, въ частности послѣ обстоятельнаго труда по этому вопросу Миттермайера [3]), въ наукѣ выдвинулся иной взглядъ, нынѣ господствующій, по которому область приготовительныхъ дѣйствій относится къ обнаруженію умысла, а не къ осуществленію его.

Этотъ взглядъ нельзя не признать справедливымъ, хотя проведеніе точныхъ границъ между приготовленіемъ и покушеніемъ, какъ мы увидимъ далѣе, представляетъ значительныя затрудненія: тотъ, кто только запасается орудіями, создаетъ возможность дѣйствовать, но еще не дѣйствуетъ; учиненное имъ предшествуетъ первому акту, съ котораго начинается осуществленіе умысла.

Сторонники противоположнаго воззрѣнія указываютъ на то, что обнаруженіе умысла всегда есть нѣчто случайное, а приготовленіе есть нѣчто неизбѣжное, необходимое: приготовительныя дѣйствія весьма нерѣдко могутъ быть тщательно и всесторонне соображены виновнымъ въ самый моментъ сформированія умысла. Но этотъ аргументъ, по моему мнѣнію, не имѣетъ рѣшающаго значенія. Съ одной стороны, только что указанныя условія— предвидѣніе и относительная необходимость дѣйствія, могутъ встрѣтиться и при обнаруженіи умысла въ тѣсномъ смыслѣ, а съ другой, это обстоятельство не можетъ сгладить того логическаго и практическаго различія, которое существуетъ между приступомъ къ осуществленію умысла и подготовкою таковаго приступа.

---

1) Ср. A. Cohen, Die Vorbereitung von strafbaren Handlungen nach den Strafgesetzen des deutschen Reiches, 1894.

2) Впрочемъ, Н. Сергѣевскій, пособія, стр. 287, полагаетъ, что система стараго права, не отдѣлявшаго приготовленіе отъ покушенія, заслуживаетъ предпочтенія; что законъ можетъ установить уменьшенную отвѣтственность за предварительную дѣятельность вообще, и затѣмъ, или предоставить суду право освобождать отъ наказанія субъектовъ такой дѣятельности, буде она остановилась на ступеняхъ отдаленныхъ, или изъ этой дѣятельности выдѣлить пріобрѣтеніе и приспособленіе средствъ (въ послѣднемъ изданіи только пріобрѣтеніе) въ качествѣ ненаказуемаго приготовленія, все же прочее, предпринятое въ намѣреніи осуществить злой умыселъ, признать наказуемымъ покушеніемъ. Но едва-ли найдется такой кодексъ, который призналъ бы ненаказуемымъ, напр., такое приспособленіе средствъ, какъ приготовленіе динамитнаго снаряда для взрыва (приспособленіе средствъ), а наказуемымъ, напр., приготовленіе телѣги для отвоза украденныхъ вещей въ качествѣ отдаленнаго покушенія, какъ это вытекаетъ изъ приведенныхъ разсужденій, такъ какъ такое приготовленіе не подойдетъ подъ понятіе приспособленія средствъ учиненія. Изъ болѣе новыхъ нѣмецкихъ писателей относятъ приготовленіе къ покушенію Кестлинъ, въ послѣднее время Листъ.

3) Beiträge zur Lehre vom versuchten Verbrechen, въ новомъ архивѣ уголовнаго права, I, стр. 163—202.

Такое воззрѣніе на юридическую сущность приготовленія еще болѣе оправдывается разсмотрѣніемъ объема тѣхъ дѣйствій, которыя входятъ въ область приготовленія, въ особенности въ законодательствахъ, сохранившихъ, подобно нашему уложенію 1845 г., опредѣленіе приготовленія.

Подготовительныя дѣйствія крайне разнообразны, завися не только отъ законной характеристики преступнаго дѣянія, но и отъ условій и обстановки каждаго отдѣльнаго случая; тѣмъ не менѣе, ихъ обыкновенно сводятъ къ тремъ категоріямъ: къ подготовкѣ выполненія, къ подготовкѣ пользованія плодами преступнаго дѣянія, къ подготовкѣ безнаказанности, предполагая, конечно, что всякая такая дѣятельность предшествуетъ учиненію самаго преступнаго акта.

Къ дѣйствіямъ, подготовляющимъ выполненіе, могутъ быть относимы: а) добываніе средствъ, облегчающихъ выполненіе или дѣлающихъ его возможнымъ, какъ, напр., добываніе лѣстницы, ружья, пороха, яда, причемъ самое добываніе можетъ заключаться въ покупкѣ этихъ предметовъ, изготовленіи ихъ, полученіи въ даръ, въ обмѣнъ и т. п.; б) приведеніе этихъ средствъ въ такой видъ, чтобы они могли быть употребляемы для предположенной цѣли, ихъ приспособленіе; в) добываніе необходимыхъ свѣдѣній, ознакомленіе съ мѣстностью, съ возможными препятствіями; г) устраненіе предполагаемыхъ или дѣйствительныхъ препятствій, какъ, напр., отравленіе собаки, порча замка; д) приведеніе, насколько это нужно и возможно, объекта, надъ которымъ замышлено преступное дѣяніе, въ такой видъ, при которомъ сдѣлался бы возможнымъ приступъ къ выполненію задуманнаго; е) поставленіе самого виновнаго въ такое положеніе, въ которомъ было бы возможно приступить къ дѣйствію, какъ, напр., приходъ на мѣсто дѣйствія, выжиданіе жертвы и т. д.

Къ дѣйствіямъ, подготовляющимъ возможность пользованія плодами дѣянія, буде такое пользованіе возможно по свойству дѣянія, могутъ быть относимы: подготовленіе телѣгъ для отвоза украденнаго, запродажа плодовъ предполагаемой кражи, устройство притона для скрытія покраденнаго и т. д.

Наконецъ, къ дѣйствіямъ, подготовляющимъ возможность укрытія отъ правосудія виновнаго, въ случаѣ успѣшнаго выполненія задуманнаго, можно отнести: изготовленіе фальшиваго паспорта для побѣга, покупка платья, накладныхъ усовъ, бородъ съ тою же цѣлью, устройство alibi и т. д.

Но всѣ ли эти, конечно, примѣрно исчисленныя подготовительныя дѣйствія почитаются приготовленіемъ и по законодательствамъ?

Наше уложеніе 1845 г. въ ст. 8 относило къ приготовленію только пріисканіе и пріобрѣтеніе средствъ, а по нѣкоторымъ статьямъ особенной части и приспособленіе средствъ, т. е. только такія дѣйствія, которыя облегчаютъ или даютъ возможность выполнить преступное дѣяніе; точно также и дѣйствующее уложеніе опредѣляетъ приготовленіе, какъ пріобрѣтеніе или приспособленіе средства для приведенія въ исполненіе задуманнаго преступнаго дѣянія.

Но куда же отойдутъ всѣ прочія подготовительныя дѣйствія? Очевидно, они могутъ разсматриваться только какъ обнаруженіе умысла, какъ одинъ изъ его признаковъ, а не какъ покушеніе, и это является весьма существен-

нымъ аргументомъ въ пользу того мнѣнія, что и со стороны теоретической, и по нашему праву приготовленіе должно быть разсматриваемо только какъ спеціальный видъ обнаруженія умысла [1]).

Обращаясь къ ближайшему разсмотрѣнію понятія приготовленія по дѣйствующему уложенію, мы видимъ, что оно характеризуетъ его, какъ «пріобрѣтеніе или приспособленіе средствъ», т. е. во-1-хъ, какъ такую дѣятельность, благодаря коей орудія и средства дѣйствія перешли въ обладаніе виновнаго; почему одна только попытка отыскать нужные матеріалы не составляетъ приготовленія; такимъ образомъ, лицо, торгующее, но еще не купившее пистолетъ, выписавшее по рецепту ядъ изъ аптеки, но не получившее его, заказавшее граверу поддѣльныя акціи, не можетъ быть признано виновнымъ въ приготовленіи. Во-2-хъ, такъ какъ съ точки зрѣнія преступнаго дѣянія, напр., убійства, средствомъ является не ружье вообще, а ружье заряженное и находящееся у преступника при такихъ условіяхъ, чтобы онъ могъ выстрѣлить въ жертву, не мышьякъ вообще, а мышьякъ, примѣшанный къ кушанью, напитку и поставленный такъ, чтобы жертва могла его принять, и т. д., то приготовленнымъ средствомъ можетъ быть названъ только предметъ, приведенный въ такой видъ и поставленный въ такія условія, при которыхъ онъ можетъ служить для выполненія задуманнаго; на этомъ основаніи законъ относитъ къ приготовленію всѣ тѣ дѣйствія, которыя совершаются виновнымъ для приведенія средствъ въ такой видъ, при которомъ бы они были годны къ употребленію.

Во всякомъ случаѣ то, что пріобрѣтено или приспособлено виновнымъ, должно быть средствомъ «для совершенія преступленія», какъ говоритъ уложеніе, а это условіе предполагаетъ извѣстныя свойства приготовительныхъ дѣйствій, субъективныя и объективныя.

Въ первомъ отношеніи необходимо, чтобы лицо, приготовляя средства, дѣлало это ради преступнаго дѣянія. Если кто-либо купилъ ядъ для лѣченія, для опытовъ, то такая покупка не будетъ приготовленіемъ, хотя бы позднѣе у купившаго и явился умыселъ совершить посредствомъ этого яда отравленіе. Приготовленіе всегда предполагаетъ наличность умысла, но безразлично къ тому, былъ ли этотъ умыселъ внезапный или предумышленный, условный или безусловный.

Со стороны объективной, средствами могутъ быть предметы внѣшняго міра, насколько они должны служить для самаго выполненія преступнаго дѣянія; пріобрѣтеніе же или приспособленіе какихъ-либо предметовъ, хотя бы и въ видахъ извѣстнаго преступнаго дѣянія, но не служащихъ для его

---

1) Такое воззрѣніе на приготовленіе подкрѣпляется и историческими данными. Сводъ законовъ, говоря въ общей части о степеняхъ проявленія воли во внѣ, вовсе умалчивалъ о приготовленіи, различая только: умыселъ обнаруженный, покушеніе и совершеніе, а такъ какъ для наличности покушенія требовалось, чтобы намѣреніе было обнаружено такимъ дѣйствіемъ, коего необходимымъ послѣдствіемъ было бы совершеніе преступнаго дѣянія, то понятно, что приготовительныя дѣйствія при дѣйствіи свода могли быть подводимы только подъ обнаруженіе умысла. Изъ старыхъ нашихъ криминалистовъ Гореглядъ и Гуляевъ относили приготовленіе къ покушенію, а Нейманъ, Начальныя основанія, стр. 60, отдѣлялъ таковое отъ покушенія.

выполненія, не подойдетъ подъ понятіе приготовленія. Такимъ образомъ, покупка камня для отточенія ножа, долженствующаго служить орудіемъ убійства, склянки для храненія добываемаго яда, не могутъ быть почитаемы приготовленіемъ къ убійству. Но при этомъ матеріальные предметы разсматриваются какъ средство, хотя бы они назначались къ употребленію въ измѣненномъ видѣ: пріобрѣтеніе яда составляетъ приготовленіе, хотя бы ядъ долженъ былъ быть употребленъ только въ опредѣленномъ составѣ; точно также и покупка камня, на которомъ будетъ вырѣзано клише для изготовленія фальшивыхъ ассигнацій, будетъ приготовленіемъ къ поддѣлкѣ [1]).

Далѣе, кромѣ матеріальныхъ предметовъ, средствами могутъ являться другія лица и ихъ дѣйствія, даже, при извѣстныхъ дѣяніяхъ, сами объекты преступленія; такъ, напр., приведеніе жертвы изнасилованія въ такое положеніе или приведеніе ея въ такое мѣсто, гдѣ изнасилованіе дѣлалось возможнымъ, является приготовленіемъ къ изнасилованію.

Наконецъ, подъ понятіе приготовленія, по уложенію, могутъ быть подведены и дѣйствія самого преступника, насколько они подходятъ подъ понятіе приспособленія средствъ, а, съ другой стороны, не составляютъ еще покушенія; таковы, напр., поджиданіе жертвы въ засадѣ, приходъ на мѣсто преступленія и т. д.

Уложеніе не ставитъ условіемъ приготовленія, чтобы эти средства были необходимы для главнаго дѣйствія, или чтобы они вообще были годны или негодны, достаточны или недостаточны; но, примѣняясь къ постановленіямъ нашего права о покушеніи съ негодными средствами, а также имѣя въ виду и указанія закона на то, что приготовленіе наказуемо лишь въ томъ случаѣ, когда оно остановлено по обстоятельствамъ, отъ воли виновнаго не зависѣвшимъ, можно сказать, что приготовленіе ненаказуемо, какъ скоро выборъ негодныхъ средствъ обусловливается крайнимъ невѣжествомъ или суевѣріемъ виновнаго. Поэтому не можетъ почитаться приготовленіемъ къ убійству пріобрѣтеніе, хотя бы и съ умысломъ лишить кого-либо жизни, талисмана или наколдованнаго питья, костей отъ мертвеца и т. п. [2]).

164. Другимъ, не менѣе существеннымъ, вопросомъ въ ученіи о приготовленіи является вопросъ объ его наказуемости.

Признавая приготовленіе особымъ видомъ обнаруженія умысла, отдѣляемаго отъ понятія о признакахъ умысла иногда совершенно случайными, незначительными признаками, мы какъ бы предрѣшаемъ вопросъ о ненаказуемости случаевъ этого рода, т. е. признаемъ, что въ принципѣ приготовительныя дѣйствія не наказуемы [3]).

---

1) Otto, Vom Versuche der Verbrechen, 1854 г., говоритъ: средствами могутъ быть или органы нашего тѣла, или внѣ насъ находящіеся объекты, или другіе субъекты. Объекты могутъ быть: или дополняющіе и усиливающіе дѣятельность нашихъ органовъ—орудія, или совершающія дѣятельность, недоступную для нашихъ органовъ—средства въ тѣсномъ смыслѣ—ядъ, горючіе матеріалы.

2) Ср. Zimmermann, Ueber die Strafbarkeit von Vorbereitungshandlungen mit untauglichen Mitteln, въ G. за 1881 г., стр. 260. Этотъ взглядъ усвоенъ и Прав. Сенат. въ рѣшеніи 1885 № 23, по дѣлу Чехрачъ.

3) Основательныя доказательства безнаказанности приготовительныхъ дѣйствій см. у Rossi, глава XXVII; его основанія усвоены и большинствомъ новыхъ французскихъ криминалистовъ,—какъ

Прежде всего, при оцѣнкѣ этой дѣятельности, судъ, за рѣдкими исключеніями, не можетъ сдѣлать точнаго вывода о характерѣ и энергіи злой воли. Мы можемъ предполагать, что человѣкъ, купившій мышьякъ ради отравленія, приготовившій отмычку или фальшивый ключъ для кражи, дѣйствительно совершитъ убійство или кражу; но это предположеніе весьма и весьма гадательно: какъ много иногда нужно еще энергіи воли, чтобы отъ подготовительныхъ дѣйствій перейти къ самому исполненію, какой иногда значительный промежутокъ времени лежитъ между моментомъ пріобрѣтенія ножа и моментомъ выполненія убійства!

Въ то же время, допуская уголовную отвѣтственность за всякое подготовительное дѣйствіе, государство по необходимости покроетъ тяжелою сѣтью весь жизненный обиходъ: всякое дѣйствіе сколько-нибудь подозрительнаго лица можетъ возбудить сомнѣніе о томъ, не скрывается ли здѣсь приготовленіе къ преступному дѣянію, и можетъ послужить основаніемъ для возбужденія уголовнаго преслѣдованія.

Этотъ принципъ ненаказуемости приготовительныхъ дѣйствій сдѣлался нынѣ господствующимъ въ доктринѣ и новыхъ законодательствахъ, но, однако, съ значительными исключеніями, и притомъ двоякаго рода: или кажущимися, или дѣйствительными.

Во-1-хъ, нѣкоторыя подготовительныя дѣйствія сами по себѣ, по ихъ объективному характеру, могутъ заключать вредъ или опасность для правоохраненныхъ интересовъ и подходить подъ прямые запреты закона уголовнаго: человѣкъ, укравшій ломъ для учиненія кражи изъ запертаго сундука, или задумавшій убійство и, ради его выполненія, носящій при себѣ запрещенное оружіе,—кастетъ или стилетъ, виновный, предполагающій учинить взрывъ желѣзной дороги и хранящій у себя на квартирѣ значительный запасъ взрывчатыхъ веществъ, и т. д., будутъ, конечно, наказаны за эти приготовительныя дѣйствія; но не трудно видѣть, что подобные случаи не составляютъ изъятія изъ вышеуказаннаго правила, такъ какъ виновный будетъ отвѣчать не за приготовленіе, какъ таковое, а за самостоятельное преступное дѣяніе; умыселъ, который онъ имѣлъ при этомъ, можетъ только вліять на мѣру отвѣтственности: носящій запрещенное оружіе, хранящій взрывчатыя вещества подлежатъ наказанію, изъ какихъ бы побужденій они ни дѣйствовали.

Во-2-хъ, могутъ быть такія дѣйствія, которыя представляютъ дѣйствительную опасность для правоохраненныхъ интересовъ не всегда, а только при наличности въ нихъ извѣстнаго преступнаго намѣренія, для осуществленія коего они служатъ подготовленіемъ; такъ, поджогъ собственнаго застрахованнаго имущества, не имѣющій характера общеопаснаго поджога, наказы-

---

F. Hélie, Ortolan, Trébutien, Bertauld, Garraud, Lainé. Въ Германіи главнымъ защитникомъ безнаказанности приготовительныхъ дѣйствій былъ Миттермайеръ, въ цѣломъ рядѣ его статей о покушеніи въ архивѣ уголовнаго права; затѣмъ къ этому взгляду примкнули: Zachariae, Berner, Liszt, H. Meyer. Изъ нашихъ криминалистовъ подробныя соображенія по этому вопросу приведены у Спасовича, стр. 140; ср. также Н. Неклюдовъ, приложенія къ переводу Бернера, стр. 501, конспектъ, стр. 64; А. Кистяковскій, § 286, приводитъ въ пользу ненаказуемости приготовленія еще и то соображеніе, что здѣсь отсутствуетъ вредъ и что такая безнаказанность можетъ служить стимуломъ для прекращенія дальнѣйшей преступной дѣятельности.

вается только тогда, когда онъ сдѣланъ съ цѣлью получить страховую сумму, т. е. когда онъ служитъ приготовленіемъ къ мошенничеству; также весьма нерѣдко подобные случаи можно встрѣтить въ группѣ подлоговъ и поддѣлокъ. При такой комбинаціи, данное дѣйствіе получаетъ въ кодексѣ видъ самостоятельнаго преступнаго дѣянія, но съ спеціальнымъ умысломъ, свидѣтельствующимъ о его служебномъ характерѣ. Раскрытіе этой юридической природы такихъ дѣяній представляется существенно важнымъ не только для примѣнителя закона, какъ средство точнаго опредѣленія состава этихъ дѣяній, но еще болѣе для законодателя, такъ какъ, только при выясненіи этой зависимости, можетъ быть установлена справедливая пропорціональность въ наказуемости такихъ подготовительныхъ дѣйствій и тѣхъ преступныхъ дѣяній, для коихъ они служатъ подготовленіемъ.

Въ-3-хъ, могутъ быть наказуемы подготовительныя дѣйствія всякаго рода, въ виду важности тѣхъ преступленій, къ которымъ приготовляется данное лицо, въ виду того, что съ первою же попыткою осуществленія задуманнаго преступная дѣятельность становится слишкомъ опасною для правоваго порядка.

Только эта третья группа и составляетъ дѣйствительное исключеніе изъ общаго правила о ненаказуемости приготовленія, такъ какъ случаи второй группы имѣютъ смѣшанный характеръ, являясь исключеніемъ для законодателя, а не для судьи, наказывающаго виновнаго въ этихъ случаяхъ не за приготовленіе, а за самостоятельное преступное дѣяніе.

Число же случаевъ третьей группы въ современныхъ кодексахъ становится все болѣе и болѣе ограниченнымъ, сосредоточиваясь, главнымъ образомъ, въ группѣ тяжкихъ государственныхъ преступленій и тяжкихъ посягательствъ на личность.

Въ нашемъ правѣ постановленія о наказуемости приготовительныхъ дѣйствій появились въ уложеніи 1845 г. Статья 112 говорила: виновный подвергается наказанію за приготовленіе къ совершенію преступленій, во-1-хъ, «когда употребленныя имъ для сего средства были противозаконны»; но не касаясь неточности редакціи въ томъ отношеніи, что средства, т. е. орудія, матеріалы, сами по себѣ, не могутъ быть ни законны, ни противозаконны, ст. 112 имѣла, очевидно, въ виду вышеуказанныя кажущіяся исключенія: виновный въ этомъ случаѣ наказывался не за приготовленіе, а за совершеніе самостоятельныхъ преступныхъ дѣяній. Во-2-хъ, уложеніе допускало наказуемость приготовленія, «если пріобрѣтеніе сихъ средствъ было соединено съ опасностью для какого-либо частнаго лица, или многихъ, или цѣлаго общества». Но и это постановленіе представлялось совершенно несостоятельнымъ не только по редакціи статьи, говорящей объ опасности отъ пріобрѣтенія средствъ, а не отъ храненія или приспособленія ихъ, но и по существу. Если бы судья и призналъ, что приготовленіе было соединено съ опасностью, то какое же наказаніе назначилъ бы онъ виновному? Для наказуемости, очевидно, необходимо, или чтобы эта дѣятельность была самостоятельно запрещена закономъ, но тогда примѣнялся первый пунктъ; или же необходимо, чтобы она служила приготовленіемъ къ дѣянію, по отношенію къ коему и приготовленіе нака-

зуемо, но тогда примѣнялся третій пунктъ [1]). Оба предшествующіе случаи уложеніе разсматривало какъ квалифицированное приготовленіе, а затѣмъ оно прибавляло: наказаніе за одно, безъ сихъ увеличивающихъ вину обстоятельствъ, приготовленіе къ преступленію опредѣляется лишь въ особыхъ, именно означенныхъ законами, случаяхъ, причемъ такія постановленія распадались на двѣ категоріи. Прежде всего, законъ зналъ рядъ преступныхъ дѣйствій, которыя запрещались какъ самостоятельныя преступныя дѣянія, но по юридической ихъ природѣ являлись приготовленіемъ къ другимъ преступнымъ дѣяніямъ. Случаи эти были крайне разнообразны; но въ видѣ примѣра можно указать: на изготовленіе, имѣніе или храненіе какихъ-либо предметовъ, когда эти дѣйствія воспрещались лишь при наличности спеціальной цѣли сбыта или употребленія такихъ предметовъ, нѣкоторые подлоги и поддѣлки, наказуемые при тѣхъ же условіяхъ, поджогъ застрахованнаго имущества съ цѣлью обмана страховыхъ обществъ, нѣкоторые случаи составленія сообществъ и шаекъ и т. д. Далѣе, законъ наказывалъ приготовительныя дѣйствія, какъ таковыя, въ виду важности тѣхъ преступленій, которыя задуманы виновнымъ, а именно: при государственныхъ преступленіяхъ, при поддѣлкѣ монетъ и денежныхъ знаковъ, при убійствѣ и, наконецъ, при поджогѣ.

Уложеніе дѣйствующее въ постановленіи о приготовленіи указываетъ, что приготовленіе, какъ таковое, наказывается только въ случаяхъ, особо закономъ указанныхъ, причемъ, подобно уложенію 1845 г., относитъ сюда: приготовленіе къ мятежу, къ поддѣлкѣ монетъ и денежныхъ знаковъ, къ убійству и къ поджогу.

При этомъ наказуемость приготовленія, какъ таковаго, при тѣхъ немногихъ преступныхъ дѣяніяхъ, гдѣ оно допускается по уложенію, предполагаетъ два условія: во-1-хъ, необходимо, чтобы виновный ограничился только приготовительными дѣйствіями и не приступалъ къ дѣйствительному осуществленію задуманнаго, такъ какъ въ этомъ случаѣ онъ будетъ отвѣчать или за покушеніе, или за оконченное преступное дѣяніе, и, во-2-хъ, чтобы остановка въ выполненіи задуманнаго имъ преступнаго дѣянія произошла по причинамъ, отъ его воли не зависѣвшимъ; если же учинившій приготовленіе остановился и по собственной волѣ не совершилъ преднамѣреннаго, то онъ наказывается лишь въ томъ случаѣ, когда содѣянное имъ уже само по себѣ есть преступное дѣяніе, и притомъ только за него, а не за то, что былъ намѣренъ учинить.

165. *Покушеніе.* Важнѣйшую роль въ излагаемомъ мною ученіи играетъ покушеніе или осуществляющаяся воля [2]), противополагающаяся,

[1]) Кистяковскій, стр. 567, замѣчаетъ: вооружившись этимъ крайне неопредѣленнымъ масштабомъ и ища при его помощи въ дѣйствіяхъ человѣческихъ опасностей для какого-либо частнаго лица или цѣлаго общества, можно истолковать, что нашъ законъ признаетъ уголовно-виновными и уголовно-наказуемыми приготовительныя дѣйствія на каждое преступленіе, или что онъ отысканіе такихъ дѣйствій предоставляетъ усмотрѣнію суда.

[2]) Поэтому весьма часто, даже въ новѣйшихъ учебникахъ и монографіяхъ, самый терминъ «покушеніе»—delictum inchoatum seu attentatum, conatus, tentative, Versuch—употребляется для означенія всего ученія о степеняхъ осуществленія воли во внѣ. Ср. Чебышевъ-Дмитріевъ, О покушеніи, стр. 7.

съ одной стороны, волѣ, хотя и обнаруженной, подготовившейся къ дѣятельности, но еще не осуществляемой, а съ другой—оконченному дѣянію. Поэтому понятіе покушенія и требуетъ, прежде всего, установленія границъ отъ обоихъ соприкасающихся понятій, а въ особенности отъ приготовленія [1]).

Конечно, противополагая покушеніе умыслу обнаруженному, но еще не начавшему осуществляться, мы, казалось бы, самымъ его наименованіемъ установляемъ логическій признакъ отграниченія: это—моментъ начала исполненія или совершенія; но этотъ признакъ, представляющійся на первый взглядъ весьма точнымъ, при ближайшемъ анализѣ оказывается неустойчивымъ и въ сущности замѣняетъ одно неопредѣленное понятіе другимъ, тоже неопредѣленнымъ [2]), такъ какъ его постановка вызываетъ естественный вопросъ: какія именно свойства должно имѣть данное дѣйствіе, чтобы его можно было признать за начало осуществленія? Представимъ себѣ, что имѣющій намѣреніе учинить кражу въ запертомъ помѣщеніи взломалъ дверь этого помѣщенія,—или отравитель захваченъ въ тотъ моментъ, когда онъ подавалъ жертвѣ чашку отравленнаго кофе,—будутъ ли эти дѣйствія началомъ осуществленія и, слѣдовательно, покушеніемъ, или же они должны быть отнесены къ приготовленію?

Поэтому понятно, что доктрина, не довольствуясь установленіемъ признака «начало исполненія», пыталась пріискать иныя основанія дѣленія, и при томъ въ двоякомъ направленіи [3]).

Одни выбрали простѣйшій путь и, выходя изъ того положенія, что понятіе начала исполненія измѣняется не только сообразно съ природою отдѣльныхъ преступленій, но даже съ ихъ индивидуальною обстановкою, пришли къ тому выводу, что опредѣленіе границъ между приготовленіемъ и покушеніемъ не можетъ быть дѣлаемо a priori ни законодательствомъ, ни теоріею, а должно быть вполнѣ предоставлено практикѣ, а доктрина должна ограничиться только указаніемъ примѣровъ [4]). Но такое рѣшеніе вопроса,

---

1) Ср. Mittermayer, Ueber Anfangspunkt der Strafbarkeit der Versuchshandlungen, въ новомъ архивѣ уголовнаго права. II, 1819 г., стр. 602—616; его же: Ueber die rechtliche Bedeutung des Ausdrucks: Anfang der Ausführung zur Bezeichnung des Anfangspunktes des Versuches, въ G. за 1859 г., стр. 199—240; A. Chop, Ueber die Grenze zwischen Vorbereitung und Versuch eines Verbrechens nach gemeinem und particulärem deutschen Strafrecht, 1861 г.; изъ статей Миттермайера сдѣлано извлеченіе Розенгагеномъ въ ж. м. ю. 1861 г., № 2; H. Meyer, Ueber Anfang der Ausführung, 1892.

2) Извѣстенъ также афоризмъ Росси (Traité гл. XXIX): «виновный въ покушеніи можетъ сказать: я хочу перестать; виновный въ приготовленіи—я не хочу начинать»; но справедливо замѣчаетъ Haus, № 412, пр. 8, что за этимъ слѣдуетъ естественный вопросъ: когда виновный можетъ употребить то или другое изъ этихъ выраженій?.

3) Ср. обзоръ у H. Meyer, Anfang der Ausführung, стр. 8 и сл.

4) Ср. Chop, стр. 8; Schütze, Lehrbuch, стр. 133, Finger, стр. 184; Janka, стр. 121. Такое направленіе находитъ много защитниковъ между французскими криминалистами. Ср. Lainé, № 149, Prins, № 216: различіе покушенія и приготовленія есть вопросъ факта, рѣшеніе котораго зависитъ съ одной стороны отъ законнаго опредѣленія преступленія,—а съ другой отъ обстоятельствъ даннаго случая. Garraud, № 178, замѣчаетъ, что понятіе «начало исполненія» не можетъ быть опредѣлено точнымъ и общимъ образомъ, а можетъ быть сдѣлано только по природѣ и обстоятельствамъ каждаго отдѣльнаго нарушенія; для этого судъ долженъ установить: во-1-хъ, какое преступное дѣяніе хотѣлъ учинить обвиняемый—это вопросъ факта, разрѣшаемый по всѣмъ даннымъ дѣла; и во-2-хъ, выполненное составляетъ ли начало осуществленія преступнаго дѣянія—это вопросъ права.

представляя въ дѣйствительности простой обходъ затрудненій, едва-ли можно считать удовлетворительнымъ.

Другіе стремятся установить внутреннее основаніе для разграниченія понятій покушенія и приготовленія, причемъ попытки эти, въ особенности въ германской литературѣ, представляются крайне разнообразными, такъ что, не останавливаясь на отдѣльныхъ теоріяхъ, я укажу только на обрисовку основныхъ типовъ, въ особенности тѣхъ, которые отразились на нашей доктринѣ и практикѣ [1]).

Формула для систематики этихъ попытокъ дается самимъ понятіемъ покушенія. Преступная воля при покушеніи начинаетъ свое воплощеніе во внѣ, но не достигаетъ предположеннаго дѣйствующимъ посягательства на правоохраненный интересъ; слѣдовательно, существеннаго признака покушенія, отличающаго его отъ приготовленія, можно искать или въ характеристикѣ воли, стремящейся къ посягательству—попытка теорій субъективныхъ, или въ характеристикѣ преступной дѣятельности, не достигшей требуемой закономъ полноты,—попытка теорій объективныхъ.

Теорія субъективная выходитъ изъ того положенія, что такъ какъ мы въ покушеніи наказываемъ не причиненіе вреда, а рѣшимость на его причиненіе, то и покушеніемъ можно признавать только такую дѣятельность, которая даетъ намъ возможность съ точностью установить наличность энергической, твердо рѣшившейся на преступленіе воли.

Такимъ образомъ, говоритъ главный представитель этого направленія Бауеръ [2]), покушеніе существуетъ, какъ скоро кто-либо проявилъ (an den Tag gelegt hat) свое намѣреніе совершить извѣстное преступленіе въ такомъ внѣшнемъ дѣяніи, которое само по себѣ уже пригодно для распознанія въ немъ бытія преступнаго умысла; конечно, продолжаетъ онъ, наиболѣе пригоднымъ средствомъ для подобнаго различенія являются дѣянія, въ которыхъ заключается начало исполненія; но это не составляетъ необходимаго условія, такъ какъ умыселъ можетъ быть распознаваемъ и изъ такихъ дѣйствій, которыя не могутъ быть характеризованы, какъ начало исполненія. Но кто же будетъ рѣшать этотъ вопросъ о распознаваемости воли изъ даннаго дѣйствія? Будетъ ли это дѣлать судья, разбирающій данный случай, или же признаки распознаваемости могутъ быть устанавливаемы и законодателемъ?

Бауеръ принимаетъ первое, наиболѣе естественное рѣшеніе, говоря, что значеніе отдѣльныхъ дѣйствій, съ точки зрѣнія распознаваемости воли, зависитъ не только отъ юридической природы дѣянія, но и отъ обстоятельствъ отдѣльнаго случая; но въ то же время онъ пытается указать a priori (стр. 318 и сл.) такія дѣйствія, которыя, по его мнѣнію, ни въ какомъ случаѣ не могутъ служить для распознаваемости воли, относя сюда: во-1-хъ, неосторожныя дѣянія и во-2-хъ, всѣ тѣ дѣйствія, которыя принимаются для подготовленія выполненія преступленія или которыя принимаются на случай выполненія преступленія, для избѣжанія поимки, для обезпеченія пользованія плодами преступленія и т. д.

Эти соображенія съ небольшими измѣненіями повторялись и позднѣйшими, довольно многочисленными представителями субъективнаго направленія и, въ частности, наиболѣе ревностнымъ защитникомъ его въ современной нѣмецкой доктринѣ—Бури [3]).

---

1) Ср. Chop, стр. 8—48; болѣе подробное изложеніе см. въ моемъ курсѣ, II, № 305 и сл.; также Колоколовъ, стр. 48 и сл.

2) Въ его Abhandlungen, I, стр. 312 и сл.

3) Abhandlungen aus dem Strafrechte, 1862 г.; его же, Ueber das Wesen des Versuchs, въ архивѣ Гольтдаммера за 1877 г.; его же Versuch und Causalität, въ G. за 1880 г., стр. 321 и сл.; его же, Die Causalität, въ G. 1885 г. (Beilageheft) стр. 114 и сл. Болѣе подробное изложеніе его теоріи, въ основныхъ чертахъ не измѣнившейся и въ послѣдней работѣ, см. у Колоколова, стр. 55; Baumgarten, стр. 294 и сл.

При покушеніи, говоритъ онъ, существуетъ въ полномъ объемѣ составъ субъективный, но отсутствуетъ внѣшняя сторона. Существо покушенія, конечно, необходимо предполагаетъ недостатокъ какого-либо изъ признаковъ, входящихъ въ объективный составъ; но какъ скоро въ данномъ случаѣ недостаетъ хотя бы самаго незначительнаго изъ этихъ признаковъ, то объективная сторона дѣянія не имѣетъ ровно никакого значенія: мы не можемъ признать здѣсь ни цѣлаго правонарушенія, ни половины, ни вообще какой-либо его части. Покушеніе существуетъ въ тѣхъ случаяхъ, когда изъ объективныхъ фактовъ ясно вытекаетъ, что данное дѣйствіе предпринято для нарушенія уголовнаго закона, такъ какъ мы здѣсь имѣемъ волю, которая въ воплощенномъ видѣ противопоставила себя уголовному закону, а потому и не принадлежитъ болѣе къ внутренней области человѣка. Въ позднѣйшихъ трудахъ Бури поясняетъ это начало тѣмъ, что воля, проявляющаяся въ покушеніи, должна быть серьезна,—другими словами, ея энергія должна исключать предположеніе, что субъектъ не имѣлъ еще окончательной свободной рѣшимости. Оттого, прибавляетъ Бури, и по теоріи субъективной приготовительныя дѣйствія должны быть признаны не наказуемыми [1]).

Теорія субъективная нашла много сторонниковъ и между нашими криминалистами [2]), хотя и съ значительными отклоненіями въ сторону теоріи объективной; таково, напр., построеніе проф. Чебышева-Дмитріева въ его «ученіи о покушеніи». «Для начала совершенія», говоритъ авторъ (стр. 85), «не нужно требовать непремѣнно, чтобы дѣйствіе лица начало осуществлять составъ самаго преступленія, или же представляло собою отдѣльную часть состава. Покушеніе является во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда дѣйствіе свидѣтельствуетъ, что лицо приступило къ непосредственному совершенію самаго преступленія . . . А для такого свидѣтельства достаточно, чтобы дѣйствіе заставляло предполагать о преступномъ намѣреніи . . . чтобы оно служило подкрѣпленіемъ доказательствъ субъективной виновности дѣянія». Такое свойство дѣйствія составляетъ его подозрительность... «Подозрительность придаетъ дѣйствію то внутреннее свойство, въ силу котораго оно можетъ быть наказуемо какъ покушеніе... Воръ, лѣзущій въ окно, совершаетъ покушеніе на кражу; но воръ, одѣтый монахомъ и входящій въ лакейскую, не можетъ быть признанъ виновнымъ въ покушеніи, хотя оба они находятся въ одинаковомъ положеніи; еще менѣе можетъ быть признанъ виновнымъ въ покушеніи мужъ, вынимающій брилліанты жены съ цѣлью кражи». При этомъ авторъ не даетъ никакихъ объясненій этимъ выводамъ, но затѣмъ установляетъ общую характеристику подозрительности: «для признанія дѣйствія подозрительнымъ нужно, чтобы оно или прямо свидѣтельствовало, или, по крайней мѣрѣ, давало сильное предположеніе о томъ, что дѣйствіе въ данномъ случаѣ было предпринимаемо для совершенія преступленія». Въ результатѣ Чебышевъ-Дмитріевъ приходитъ (стр. 88) къ такому выводу: для признанія какого-либо дѣйствія покушеніемъ необходимы три условія: 1) чтобы дѣйствіе было предпринято съ цѣлью совершить задуманное преступленіе; 2) чтобы оно было подозрительно; 3) чтобы оно или начинало воспроизведеніе состава преступленія, или непосредственно предшествовало дѣйствіямъ, воспроизводящимъ этотъ составъ, служа средствомъ его совершенія.

Это воззрѣніе, даже и въ его новѣйшей обработкѣ, допускаетъ существенныя возраженія, какъ практическія, такъ и теоретическія.

Существеннымъ моментомъ покушенія является, конечно, злая воля; нельзя наказать человѣка за покушеніе, если мы не можемъ, на основаніи учиненнаго, опредѣлить юридическое свойство этой воли; но это положеніе одинаково относится не только къ покушенію или къ приготовленію, но даже и къ обнаруженію умысла: нельзя наказать за приготовленіе къ убійству, пока мы не убѣдимся, что дѣйствіе, совершенное виновнымъ, свидѣтельствуетъ о наличности умысла на убійство; а то, что является общимъ признакомъ

---

[1]) Такой же признакъ покушенія—наличность твердой рѣшимости, ставитъ Шварце въ Handbuch Holtzendorf'a, § 3; въ особенности Cohen, Vorbereitung, стр. 24 и сл.; изъ французскихъ криминалистовъ, Laborde, № 104.

[2]) Такъ, къ безусловно субъективному воззрѣнію примыкаютъ: С. Баршевъ, Къ ученію о покушеніи, въ Русскомъ Вѣстникѣ за 1861 г.; Орловъ, О покушеніи, стр. 23 и сл., 102 и сл.

всѣхъ ступеней проявленія преступной воли, не можетъ служить основаніемъ отграниченія одной ступени развитія отъ другой [1]).

Если же мы будемъ придавать особенное значеніе тому обстоятельству, что при покушеніи дѣйствіе виновнаго, само по себѣ, безотносительно къ обстоятельствамъ, его сопровождающимъ, должно служить средствомъ распознать преступную волю, должно быть подозрительно, то мы дадимъ дѣленію основаніе, совершенно неустойчивое.

Съ одной стороны, нѣтъ и не можетъ быть фактовъ, которые, a priori, могли бы считаться безусловно пригодными для распознаванія юридическаго свойства осуществляющейся воли, а потому законодатель не имѣетъ никакой возможности указать на какія-либо дѣйствія, которыя всегда могли бы считаться покушеніемъ или, наоборотъ, которыя никогда бы не были пригодны для таковаго распознаванія.

Если же мы перенесемъ центръ тяжести на судью и будемъ говорить, что покушеніемъ должно считаться только то дѣйствіе, изъ котораго въ данномъ случаѣ можно распознать характеръ умысла, то мы введемъ въ опредѣленіе покушенія случайный элементъ—индивидуальную способность распознающаго къ анализу обсуждаемаго событія. Тамъ, гдѣ опытный сыщикъ или даже просто человѣкъ, привыкшій внимательно относиться къ окружающимъ явленіямъ, увидитъ несомнѣнные признаки опредѣленной злой воли, тамъ человѣкъ неопытный, начинающій слѣдователь, можетъ не усмотрѣть даже слѣдовъ преступнаго намѣренія. Спрашивается, какую же способность распознаванія взять за мѣрило? или же нужно признать за каждымъ судьею право опредѣлять границу приготовленія и покушенія, сообразно съ его способностями и опытностью?

А затрудненія еще болѣе увеличатся, если мы поставимъ разграничивающимъ признакомъ покушенія возможность распознать не преступную волю вообще, а волю энергическую, серьезную.

Иначе ставится этотъ вопросъ школою объективною. Начало исполненія, говоритъ Цахаріе [2]), признаваемый главнымъ представителемъ этого направленія, существуетъ тогда, когда совершено дѣйствіе, которое можетъ разсматриваться, какъ дѣйствительная составная часть запрещеннаго закономъ поступка, когда положено начало самому нарушенію закона; до этого же момента дѣйствіе виновнаго можетъ разсматриваться лишь какъ приготовленіе. Подобно тому, прибавляетъ Цахаріе далѣе, какъ границы оконченнаго преступнаго дѣянія и покушенія могутъ быть проведены только сообразно съ понятіемъ законнаго состава отдѣльныхъ преступныхъ дѣяній, такъ это же условіе должно опредѣлять границы покушенія и приготовленія.

Это положеніе и послужило отправной точкою объективнаго воззрѣнія, поставившаго затѣмъ дальнѣйшею своею задачею разсмотрѣніе вопроса о томъ: воспроизведеніе какихъ именно элементовъ состава преступнаго дѣянія можетъ служить характеристикою покушенія [3]).

Съ нѣсколько инымъ оттѣнкомъ является объективная теорія у тѣхъ писателей, которые придаютъ главное значеніе абстрактной или предполагаемой причинной связи

---

1) Оттого большинство сторонниковъ этого направленія считало приготовленіе отдаленнымъ покушеніемъ.

2) Die Lehre vom Versuche, I, § 108. Еще Romagnosi опредѣлялъ покушеніе, какъ неполное осуществленіе преступнаго дѣянія.

3) Къ защитникамъ объективнаго воззрѣнія относятся изъ нѣмецкихъ криминалистовъ: Herr, Osenbrüggen, Chop, Geyer, Berner, Schütze, Liszt въ 1-мъ изданіи; во второмъ, стр. 185, онъ отказывается отъ установленія какихъ-либо твердыхъ границъ; въ 7 изд. (стр. 186 и сл.) онъ признаетъ приготовленіе отдаленнымъ и притомъ ненаказуемымъ покушеніемъ и предоставляетъ причисленіе отдѣльныхъ дѣйствій къ той или другой группѣ усмотрѣнію судьи. H. Meyer (въ 4 изд. стр. 259) предлагаетъ такое объективное различіе: приготовительныя дѣйствія суть тѣ, которыя обусловливаютъ наступленіе послѣдствія въ его конкретной формѣ, покушеніе—тѣ, которыя обусловливаютъ наступленіе послѣдствія въ его отвлеченномъ понятіи, т. е. какъ существеннаго момента юридическаго понятія даннаго преступнаго дѣянія; ср. его же Anfang, стр. 22 и сл.; за объективное воззрѣніе Horn въ L.Z. XX. Изъ французскихъ криминалистовъ за объективное различіе: F. Hélie, Ortolan, Haus; изъ русскихъ—Спасовичъ, Будзинскій, Неклюдовъ, Кистяковскій, Ратовскій.

между дѣйствіемъ и замышленнымъ преступнымъ посягательствомъ. За такую постановку высказался еще въ общихъ чертахъ Гейбъ [1]), относя къ покушенію какъ тѣ дѣйствія, которыя заключаютъ начало исполненія, такъ и тѣ, которыя сами по себѣ представляются объективно опасными. Ваг [2]) говоритъ, что покушеніе начинается, какъ скоро есть дѣятельность, направленная на осуществленіе задуманнаго преступнаго дѣянія, которая притомъ представляется дѣйствующему въ непрерывной связи съ оконченнымъ преступнымъ дѣяніемъ, какъ средство съ цѣлью, причина съ послѣдствіемъ. Подобное же воззрѣніе защищаетъ, хотя и не достаточно опредѣлительно, Конъ [3]). Покушеніе, говоритъ онъ, означаетъ попытку достигнуть того или другаго результата; поэтому оно мыслимо лишь тогда, когда учиненное можетъ быть относимо къ предположенному преступному дѣянію, какъ основаніе къ послѣдствію, причемъ Конъ, хотя и не вполнѣ ясно, пытается отличить основаніе отъ причины: причина создаетъ данное измѣненіе, основаніе дѣлаетъ возможнымъ его наступленіе. Такимъ образомъ, покушеніе не можетъ заключаться въ дѣятельности, которая вызывала бы результатъ съ необходимостью, ибо таковая дѣятельность находилась бы къ послѣдствію въ отношеніи причины, а не простого основанія, но, съ другой стороны, покушеніемъ не можетъ быть такое дѣйствіе, которое in abstracto не можетъ привести къ преднамѣренному результату; поэтому, понятіе покушенія примѣнимо лишь къ той дѣятельности, которая заключаетъ въ себѣ альтернативу удачи и неудачи. Покушеніе (стр. 367) есть учиненіе дѣянія, пригоднаго воспроизвести послѣдствіе, необходимое для состава преступленія и направленное къ конкретному произведенію результата, но не достигшее своей цѣли [4]). Любопытно, что этотъ оттѣнокъ объективной теоріи былъ у насъ усвоенъ сводомъ законовъ, но отброшенъ составителями уложенія 1845 г., какъ безъ нужды крайне съуживающій область покушенія.

Въ законодательствѣ объективное воззрѣніе на покушеніе было усвоено прежде всего французскимъ [5]), причемъ дѣйствующій французскій кодексъ довольствуется только указаніемъ на признакъ «начало исполненія . . .», предоставляя разъясненіе этого понятія суду. Французскій же кассаціонный судъ призналъ [6]), что при отравленіи подмѣсь, напр. яда въ какое-либо питье, сама по себѣ взятая, составляетъ только приготовленіе; но какъ скоро питье поставлено въ такое мѣсто, откуда, по обыкновенному ходу вещей, оно должно быть взято лицомъ, коему оно предназначается, или подано жертвѣ, дѣяніе становится покушеніемъ (рѣш. 17 Дек. 1874 г.); что при поджогѣ добываніе горючихъ матеріаловъ, соста-

---

1) Lehrbuch, II, стр. 279.

2) Versuch, стр. 28; Wächter, Deutsches Strafrecht, стр. 207, Вальбергъ, Колеръ.

3) Zur Lehre Vom Versuch, стр. 335; разборъ его теоріи у Buri, въ G. за 1880 г.; Liszt, L. Z, I стр. 93; а также у Lammasch и весьма желчный у Baumgarten. Отвѣтъ Кона въ его брошюрѣ: Die Grundsätze über den Thatbestand der Verbrechen und derheut ige Gattungsbegriff des Versuchs, 1889 г.

4) Такой же оттѣнокъ у Бернера и Меркеля—дѣйствіе, чрезъ которое непосредственно долженъ быть воспроизведенъ преступный результатъ; у Бара и Вехтера—дѣйствіе, состоящее въ неразрывной связи съ послѣдствіями и т. п. Champcommunal, стр. 19: для покушенія необходимо, чтобы учиненное находилось въ прямомъ и непосредственномъ отношеніи съ задуманнымъ, и чтобы это отношеніе вытекало изъ самаго учиненнаго дѣйствія.

5) Въ первый разъ признакъ покушенія «commencement d'exécution» былъ принятъ французскимъ революціоннымъ законодательствомъ, именно закономъ 22 преріаля, IV года. Признакъ этотъ почитается безусловно существеннымъ; поэтому на судѣ съ присяжными нельзя предлагать имъ вопроса: виновенъ ли такой-то въ покушеніи (tentative) на такое-то дѣяніе, а необходимо указать въ вопросѣ: въ покушеніи (или въ такихъ-то дѣйствіяхъ, въ коихъ проявилось), проявившемся въ началѣ исполненія такого-то преступнаго дѣянія и остановленномъ или неудавшемся, по обстоятельствамъ, отъ воли виновнаго не зависѣвшимъ. Garraud, № 180. Относительно же вопроса о томъ, принадлежитъ ли установленіе признака «начало исполненія» исключительно судьямъ по существу или же оно можетъ быть провѣряемо кассаціоннымъ судомъ, французская практика колебалась, но съ 60-хъ годовъ кассаціонный судъ окончательно призналъ право такой провѣрки. Ср. Champcommunal, стр. 18.

6) F. Hélie, Pratique, II, № 6. Подробное изложеніе французской практики по вопросу о покушеніи при отдѣльныхъ преступныхъ дѣяніяхъ у Molinier, стр. 61—74.

вляетъ только приготовленіе, хотя бы такое добываніе или имѣніе матеріаловъ было уже соединено съ опасностью для имущества; но коль скоро горючіе матеріалы помѣщены такимъ образомъ, что, помимо всякой дальнѣйшей дѣятельности виновнаго, по естественному ходу вещей, пожаръ долженъ произойти или когда предметъ дѣйствительно зажженъ, дѣяніе становится покушеніемъ (рѣш. 20 Іюля 1861 г.); что при кражѣ осмотръ мѣстности, принесеніе лѣстницы или иныхъ инструментовъ, пригодныхъ для учиненія кражи, составляетъ приготовительное дѣйствіе; но если виновный уже проникъ въ домъ, взломалъ хранилище, въ коемъ находится похищаемый предметъ, то дѣяніе его становится покушеніемъ, хотя бы виновный и не взялъ въ свое обладаніе похищаемый предметъ (1879 Дек. 19); вообще взломъ или влѣзаніе въ помѣщеніе, въ коемъ должна совершиться кража, составляютъ покушеніе, такъ какъ самъ законъ опредѣляетъ подобное преступное дѣяніе, какъ кражу со взломомъ или съ влѣзаніемъ [1]).

Воззрѣніе французскаго кодекса не только сдѣлалось господствующимъ въ законодательствахъ романскихъ, но перешло и въ Германію; такъ, кодексы прусскій 1851 г., § 31, и баварскій 1861 г., § 47, повторяли опредѣленіе code pénal; на этой же почвѣ создалось постановленіе дѣйствующаго германскаго уложенія, которое въ § 43 говоритъ: «кто проявитъ рѣшимость совершить преступленіе или проступокъ такимъ дѣйствіемъ, которое содержитъ въ себѣ начало выполненія этого преступленія или проступка, тотъ, если задуманное преступленіе или проступокъ не произошли, подлежитъ наказанію какъ за покушеніе». Какъ объясняютъ комментаторы [2]), наличность начала выполненія можетъ быть признана тогда, когда началось совершеніе какого-либо дѣйствія, принадлежащаго къ существеннымъ условіямъ состава даннаго преступленія; при преступленіяхъ квалифицированныхъ или сложныхъ, покушеніемъ можетъ быть и совершеніе дѣянія, предшествующаго главному акту: таковы, напр., взломъ или влѣзаніе при кражѣ, насиліе при изнасилованіи [3]). Венгерскій (§ 65) говоритъ: дѣйствіе, коимъ начинается, но не довершается исполненіе задуманнаго преступленія или проступка, составляетъ покушеніе. Итальянское уложеніе говоритъ (§ 61): если кто-либо, съ цѣлью совершить преступное дѣяніе, началъ его осуществленіе пригодными на то средствами, но, по обстоятельствамъ, отъ его воли не зависящимъ, не выполнилъ всего того, что было нужно для совершенія преступленія. Норвежскій проектъ, § 49, постановляетъ: если учинено дѣяніе, которымъ виновный преднамѣрился начать исполненіе преступленія, и только голландскій, ст. 45, не содержитъ никакого опредѣленія покушенія.

Въ нашемъ правѣ [4]) объективное воззрѣніе на покушеніе было установлено въ сводѣ законовъ. Ст. 9 (по изд. 1842 г.) говорила: покушеніемъ къ преступленію почитается намѣреніе учинить оное, когда намѣреніе сіе обнаружено такимъ дѣйствіемъ, коего необходимымъ послѣдствіемъ было бы

---

1) Относительно колебаній французской практики по вопросу о значеніи взлома и влѣзанія см. Molinier, стр. 59 и сл.

2) Oppenhof, § 43, № 6; въ этомъ смыслѣ состоялись и рѣшенія Reichsgericht'a о кражѣ со взломомъ и со влѣзаніемъ, о подлогѣ.

3) Напротивъ того, австрійская практика усвоила субъективное воззрѣніе, признавая, что покушеніе существуетъ, какъ скоро, несмотря на недостигнутую цѣль, направленное на ея достиженіе намѣреніе вполнѣ распознаваемо. Stoos въ его проектѣ швейцарскаго уложенія, находя, что система французскаго уложенія не даетъ помощи практикѣ, ограничился (ст. 15) однимъ названіемъ Versuch и Vorbereitungshandlungen, признавая послѣднія ненаказуемыми, а первый уменьшенно наказуемымъ. Законодательная комиссія замѣнила слово «Versuch» описательнымъ выраженіемъ: «кто покушается выполнить преступленіе». Эта практически совершенно непригодная система заслужила одобреніе Ламмаша и у насъ Гогеля, въ статьѣ о швейцарскомъ проектѣ, хотя Гогель и говоритъ, что это дальнѣйшее развитіе принципа, усвоеннаго всѣми новѣйшими кодексами и проектами, но только не прибавляетъ какими.

4) См. историческія указанія въ моемъ курсѣ, II, № 314; нѣкоторые, хотя и не точныя указанія о понятіи покушенія даетъ лишь уложеніе Алексѣя Михайловича (глава XXII, ст. 8 и 9); болѣе подробно говорилъ о покушеніи проектъ 1813 г.

совершеніе преступленія; такъ что условіемъ покушенія ставилось бытіе если не конкретной, то абстрактной причинной связи, и, напр., взломъ замка, по смыслу ст. 9, не могъ бы быть признанъ покушеніемъ на кражу, такъ какъ, конечно, взятіе вещи нельзя признать его необходимымъ послѣдствіемъ.

Иную формулу покушенія дало уложеніе 1845 г., по которому (ст. 9) покушеніемъ признается всякое дѣйствіе, коимъ начинается или продолжается приведеніе злого намѣренія въ исполненіе; причемъ эта формула всего скорѣе могла быть понимаема въ смыслѣ объективной теоріи, какъ разъяснила это постановленіе и наша кассаціонная практика, говоря, что для признанія дѣянія покушеніемъ необходимо, чтобы дѣйствіе, совершенное виновнымъ, входило въ составъ законныхъ признаковъ даннаго преступленія [1]).

Въ этомъ же объективномъ смыслѣ опредѣлено покушеніе и въ дѣйствующемъ уголовномъ уложеніи, которое признаетъ таковымъ «дѣйствіе, коимъ начинается приведеніе въ исполненіе задуманнаго преступнаго дѣянія, не довершеннаго по обстоятельству, отъ воли виновнаго не зависѣвшему», т. е., какъ прибавляетъ объяснительная записка, дѣйствіе, входящее въ законный составъ преступнаго дѣянія, все равно, будетъ ли оно относиться къ главному акту, или же, при сложныхъ и квалифицированныхъ преступныхъ дѣяніяхъ, будетъ обусловливать или дѣлать возможнымъ совершеніе главнаго акта [2]).

Положеніе объективной теоріи, что покушеніе есть дѣйствіе, коимъ воспроизводится, хотя и не вполнѣ, законный составъ преступленія, представляется и мнѣ наиболѣе правильнымъ, и, въ виду его практической важности, требуетъ болѣе подробнаго разсмотрѣнія.

Составъ большинства преступныхъ дѣяній заключаетъ въ себѣ два рода признаковъ: съ одной стороны, дѣйствіе или бездѣйствіе виновнаго, включая сюда и дѣятельность вызванныхъ имъ или содѣйствующихъ ему силъ, съ другой,—разнообразныя обстоятельства, при которыхъ и въ соотношеніи съ которыми учиняется преступное дѣяніе; поэтому, говоря, что покушеніе есть начатое, но неоконченное воспроизведеніе состава преступнаго дѣянія, мы имѣемъ въ виду только первую группу признаковъ. Поясню это примѣрами: высшимъ видомъ богохуленія считается по нашему уложенію возложеніе хулы на Господа Бога въ церкви; такимъ образомъ, къ существеннымъ элементамъ состава относятся, во-1-хъ, дѣйствіе—возложеніе хулы, и, во-2-хъ, условія мѣста—въ церкви; а потому, говоря о покушеніи, мы имѣемъ въ виду только первый элементъ состава, т. е. начатое, но неоконченное хуленіе; что же касается отсутствія или юридической неполноты элементовъ втораго рода, то они могутъ или измѣнять квалификацію дѣянія, такъ, напр., обида въ публичномъ мѣстѣ обращается въ простую обиду, какъ скоро отпадаетъ условіе публичности, или вовсе уничтожаютъ преступность;

---

1) Рѣшенія по дѣламъ: Жучкова (67/447); Юханова (68/568); Никитина (68/695); Епифанова (70/46); Коновалова (71/889) и др. Практика Сената представляла, впрочемъ, нѣкоторыя колебанія въ этомъ отношеніи. Ср. мой курсъ, II, № 314.

2) Какъ указано въ объяснительной запискѣ, постановка въ проектѣ вопроса о покушеніи вызвала одобрительные отзывы со стороны многихъ германскихъ ученыхъ—Вальберга, Гейера, Меркеля, С. Мейера.

но они не могутъ имѣть никакого значенія для установленія понятія о покушеніи.

При тѣхъ преступныхъ дѣяніяхъ, въ законный составъ коихъ входятъ дѣйствія другихъ лицъ, имѣющія по отношенію другъ къ другу значеніе условій, не видоизмѣняющихъ дѣятельность, а, такъсказать, сопровождающихъ ее, оттѣняющихъ ея юридическое значеніе, эти дѣйствія должны быть относимы ко второй группѣ условій; такъ, при воровствѣ шайкою, такое значеніе имѣетъ наличность шайки, а потому, при отсутствіи этого условія, дѣяніе будетъ простымъ воровствомъ, а не покушеніемъ на воровство шайкою; при увозѣ для вступленія въ бракъ безъ согласія родителей, наличность или отсутствіе такого согласія обусловливаетъ преступность дѣянія, но не имѣетъ никакого значенія для понятія покушенія.

Но не могутъ ли быть такимъ дополнительнымъ элементомъ состава дѣйствія самого же виновнаго отдѣльныя и независимыя отъ главнаго дѣйствія? Обзоръ отдѣльныхъ преступныхъ дѣяній дѣйствительно указываетъ намъ на существованіе такихъ случаевъ, разрѣшеніе коихъ, понятно, должно быть аналогично съ предшествующими, такъ какъ эта дополнительная дѣятельность является обстановкою даннаго преступнаго дѣянія, а не элементомъ основной дѣятельности. Таковы, напр., всѣ случаи повторенія преступнаго дѣянія, какъ квалифицированной формы преступленій; для бытія таковой формы необходима двоякая преступная дѣятельность—настоящая и прошедшая, за которую виновный былъ уже осужденъ и наказанъ; очевидно, что бытіе или небытіе этой прежней дѣятельности имѣетъ существенное значеніе для квалификаціи новаго дѣянія, но не играетъ никакой роли въ опредѣленіи понятія покушенія. Обыкновенно, такою дополнительною дѣятельностью является предшествующая дѣятельность, преступная или непреступная; но это не исключаетъ возможности и такой комбинаціи, когда подобная дополнительная дѣятельность будетъ одновременна съ главною.

Такимъ образомъ, для понятія покушенія необходимо начало или продолженіе той дѣятельности, которая составляетъ осуществленіе преступнаго намѣренія [1]), или же, при нѣкоторыхъ, преимущественно квалифицированныхъ видахъ преступныхъ дѣяній, и такая дѣятельность, которая обусловливаетъ или дѣлаетъ возможною главную дѣятельность, предполагая, конечно, что такая подготовительная дѣятельность внесена, какъ таковая, въ законный составъ преступнаго дѣянія [2]).

---

1) Только въ этомъ смыслѣ можно говорить о распознаваемости преступнаго намѣренія; повидимому, такое же соединеніе субъективной и объективной теоріи имѣетъ въ виду Baumgarten, стр. 389, который опредѣляетъ покушеніе какъ такое воздѣйствіе виновнаго на объектъ, изъ котораго можно заключить объ опредѣленномъ на совершеніе таковаго направленномъ намѣреніи дѣйствующаго и въ которомъ воплощается посягательство на правоохраненный интересъ. На стр. 431 онъ выражаетъ эту мысль нѣсколько иначе, говоря, что въ покушеніи преступный умыселъ воплощается въ опасномъ для охраненнаго правоваго блага посягательствѣ.

2) Таково, напр., значеніе взлома при кражѣ со взломомъ; но если въ составъ преступнаго дѣянія входитъ только результатъ дѣятельности—извѣстное состояніе или положеніе виновнаго, напр., появленіе публично въ безобразномъ отъ опьяненія видѣ, то дѣятельность, подготовляющая такой результатъ, сама по себѣ въ область покушенія не входитъ.

Конечно, дѣятельность, входящая въ область покушенія, должна быть внѣшне выраженнымъ событіемъ; но это условіе, вытекая изъ общаго понятія о покушеніи, какъ осуществленіи воли, въ новыхъ кодексахъ особо не указывается, а подразумѣвается [1]).

Далѣе, покушеніе предполагаетъ дѣятельность, обусловливающую бытіе законнаго состава, но вовсе не требуетъ дѣятельности, коей необходимымъ послѣдствіемъ было бы осуществленіе задуманнаго, которая находилась бы въ прямой и непосредственной связи съ желаемымъ нарушеніемъ закона, такъ какъ, съ одной стороны, въ большинствѣ преступныхъ дѣяній такое достиженіе задуманнаго возможно только благодаря различнымъ привходящимъ силамъ, содѣйствующимъ виновному, а съ другой, въ сложныхъ преступныхъ дѣяніяхъ самая дѣятельность можетъ состоять изъ нѣсколькихъ актовъ, не составляющихъ одной непрерывно развивающейся дѣятельности, какъ, напр., взломъ сундука и тайное взятіе вещи при кражѣ.

Дѣятельность, входящая въ область покушенія, объемлетъ не только тѣ дѣйствія, которыя составляютъ первый приступъ къ преступной дѣятельности, но и тѣ, въ коихъ она получаетъ дальнѣйшее развитіе, вплоть до окончанія дѣянія, т. е. объемлетъ и то, чѣмъ продолжается приведеніе злаго намѣренія въ исполненіе.

Дѣятельность эта сама по себѣ можетъ быть юридически безразлична или же она, и безотносительно къ тому намѣренію, которое осуществляетъ виновный, воспрещена закономъ, какъ, напр., побои, употребленные какъ средство покушенія на убійство. Въ послѣднемъ случаѣ учиненное виновнымъ составляетъ идеальную совокупность двухъ нарушеній закона и его отвѣтственность опредѣляется по важнѣйшему изъ нарушеній.

Но, во всякомъ случаѣ, для признанія извѣстной дѣятельности покушеніемъ, необходимо доказать наличность субъективнаго момента, т. е. необходимо доказать, что эта дѣятельность была осуществленіемъ злой воли, такъ какъ только благодаря этому условію она и получаетъ уголовно-наказуемый характеръ. Въ этомъ отношеніи объективное воззрѣніе отнюдь не игнорируетъ значенія преступной воли въ покушеніи, а только для характеристики этой стадіи развитія воли ищетъ во внѣ признаковъ объективнаго свойства, которые могли бы дать устойчивость судебной практикѣ.

Дѣятельность, входящая въ составъ преступнаго дѣянія и дающая содержаніе покушенію, не представляетъ чего-либо неизмѣннаго по отношенію ко всѣмъ видамъ таковыхъ дѣяній; напротивъ того, оставаясь тою же по существу, какъ, напр., физическое насиліе, угрозы, ложь, она можетъ являться съ различнымъ юридическимъ значеніемъ, смотря по составу преступныхъ дѣяній, для коихъ она служила средствомъ, такъ что одно и то же дѣйствіе— насиліе, взломъ, лишеніе свободы и т. д., можетъ быть то приготови-

---

1) Прежняя нѣмецкая доктрина, а за нею и партикулярныя законодательства опредѣляли покушеніе, какъ «ausserliche Handlung», или «ausserlich erkennbare Handlung». Ср. Zachariae, I §103; Chop, стр. 53. Во Франціи только при ревизіи кодекса въ 1832 г. выкинули изъ опредѣленія покушенія выраженіе «manifestée par les actes extérieurs», какъ могущее только вести къ недоразумѣніямъ.

тельнымъ дѣйствіемъ, то покушеніемъ: такъ, напр., взломъ помѣщенія будетъ покушеніемъ при кражѣ и приготовленіемъ при убійствѣ.

Установленіе этой грани, отдѣляющей покушеніе отъ приготовленія, можетъ быть дѣлаемо или на основаніи законнаго состава преступнаго дѣянія, когда свойства и условія дѣятельности виновнаго прямо очерчены закономъ, или же на основаніи особенностей данной обстановки преступнаго дѣянія, на основаніи способа дѣйствія, выбраннаго виновнымъ, даже иногда на основаніи характера средствъ, имъ употребленныхъ.

Такъ, напр., отравленіе, какъ видъ убійства, предполагаетъ лишеніе жизни путемъ введенія въ организмъ разрушающихъ его веществъ. Это введеніе можетъ быть выполнено двояко: или насильственно, когда жертва сознаетъ дѣйствіе, надъ нею совершаемое, или незавѣдомо для жертвы, когда она, не подозрѣвая опасности совершающагося, сама содѣйствуетъ введенію въ свой организмъ яда. Если мы возьмемъ первый видъ отравленія, когда преступное намѣреніе осуществляется насильственнымъ нападеніемъ на жертву, то для того, чтобы приступить къ началу исполненія, преступникъ долженъ поставить себя въ такое положеніе, при которомъ нападеніе сдѣлалось бы возможнымъ. Поэтому, если виновный пріобрѣлъ ядъ, приготовилъ его, намазалъ ядомъ оружіе, отправился на то мѣсто, гдѣ долженъ былъ встрѣтить жертву и, наконецъ, прибылъ туда,—онъ совершилъ тѣмъ только приготовительныя къ отравленію дѣйствія; но какъ скоро онъ бросился на жертву, наноситъ ударъ отравленнымъ оружіемъ, пытается ввести ядъ инымъ какимъ-либо образомъ—нападеніе началось и его дѣйствія подходятъ подъ понятіе покушенія. Если же виновный выбралъ другой способъ отравленія, при которомъ для осуществленія умысла предполагается введеніе жертвы въ заблужденіе и совершеніе надъ нею, подъ вліяніемъ заблужденія, ряда дѣйствій, послѣдствіемъ коихъ будетъ отравленіе, то въ область приготовленія отойдутъ всѣ тѣ дѣйствія, при помощи коихъ виновный сдѣлалъ заблужденіе возможнымъ. Виновный пріобрѣлъ и приготовилъ ядъ, влилъ его въ чашку съ кофе, отнесъ чашку жертвѣ—всѣ эти дѣйствія несомнѣнно входятъ въ область приготовленія; но самый актъ передачи отравы, подъ видомъ лѣкарства, питья, составляетъ то дѣйствіе лица, коимъ начинается приведеніе злаго умысла въ исполненіе: жертва беретъ чашку съ отравленнымъ напиткомъ, подноситъ ко рту, пьетъ,—все это составляетъ уже покушеніе. Такое же толкованіе должно быть допущено и въ томъ случаѣ, когда виновный не передалъ непосредственно чашку съ отравою въ руки жертвы, а поставилъ ее передъ нею на столъ, подмѣшалъ ядъ въ водку, вылилъ въ графинъ и поставилъ графинъ въ тотъ шкафъ, изъ котораго, какъ онъ предполагалъ, возьметъ и выпьетъ ее намѣченная имъ жертва: моментъ поставленія чашки на столъ, графина въ шкафъ, и будетъ отдѣлять приготовленіе отъ покушенія; все дальнѣйшее, т. е. налитіе водки, поднесеніе ко рту и т. д., отойдетъ уже въ область дѣйствій, составляющихъ покушеніе на отравленіе. Основанія для разграниченія этихъ понятій останутся тѣ же, если посредствующимъ звеномъ будутъ дѣйствія третьяго лица, не понимающаго существа совершаемаго имъ: такимъ образомъ, если отравленное питье было налито изъ графина не самою жертвою, а третьимъ лицомъ, не подозрѣвавшимъ отравы, то наливаніе послѣднимъ питья или

отнесеніе налитаго составляютъ дѣйствія, подходящія подъ понятіе покушенія.

Подобнымъ же образомъ могутъ быть разграничены эти понятія и при другихъ преступныхъ дѣяніяхъ. Такъ, при похищеніи со влѣзаніемъ, гдѣ элементами законнаго состава являются похищеніе вещи и влѣзаніе, положимъ, въ окно, покушеніе начнется съ момента влѣзанія, а принесеніе лѣстницы, приставленіе ея къ окну, какъ дѣйствія, дѣлающія влѣзаніе возможнымъ, отойдутъ къ приготовленію. При поджогѣ, собираніе матеріаловъ, добываніе огня будутъ приготовленіемъ; но съ того момента, когда зажженные матеріалы будутъ подложены подъ зажигаемый предметъ, начинается область покушенія.

166. Установивъ такимъ образомъ признаки понятія покушенія, я перехожу къ другому, также весьма любопытному вопросу: при всѣхъ ли преступныхъ дѣяніяхъ покушеніе юридически возможно, имѣя, конечно, въ виду не конкретные случаи, а теоретическую обрисовку отдѣльныхъ преступныхъ типовъ.

Уголовный кассац. департ. Правит. Сената, въ извѣстномъ своемъ рѣшеніи по дѣлу Кузьмина и Киселева, 1869 г., № 569, отвѣтилъ на данный вопросъ весьма категорично, что «покушеніе, какъ самый близкій къ осуществленію преступной воли моментъ, присуще каждому преступному дѣянію и что, такъ какъ преступленіе можетъ быть признано совершившимся лишь тогда, когда цѣль злаго умысла вполнѣ достигается, то отрицать возможность покушенія при какомъ бы то ни было преступномъ дѣйствіи значитъ утверждать невозможность его неудачи, т. е. доходить до явно несостоятельнаго заключенія» [1]).

Не касаясь едва ли точнаго указанія на то, что для понятія совершившагося преступнаго дѣянія необходимо полное достиженіе цѣли, ибо такое утвержденіе противорѣчитъ, какъ мы увидимъ далѣе, и теоретическому понятію объ оконченномъ преступномъ дѣяніи, и въ особенности опредѣленію закона, нельзя не сказать, что и первое положеніе, высказанное въ рѣшеніи, о возможности покушенія при всѣхъ преступныхъ дѣяніяхъ, представляется не убѣдительнымъ.

Разсужденіе кассац. департамента заключаетъ въ себѣ силлогизмъ, невѣрный въ посылкахъ, а потому приводящій къ невѣрному выводу. Если мы забудемъ, что преступное дѣяніе есть понятіе юридическое, во многихъ отношеніяхъ искусственное, а будемъ смотрѣть на него только какъ на событіе внѣшняго міра, совершающееся, какъ и все въ мірѣ, во времени, то, конечно, представить себѣ какое-либо дѣяніе не допускающимъ покушенія, а, слѣдовательно, не имѣющимъ начала, логически невозможно. Но при такомъ разсуж-

---

1) Нельзя не прибавить, что это положеніе не стоитъ въ дѣйствительной связи съ тѣмъ рѣшеніемъ, въ коемъ оно высказано, такъ какъ въ данномъ случаѣ разрѣшался частный вопросъ о допустимости покушенія на разбой при той обрисовкѣ, которая дана этому преступленію въ 1627 ст. уложенія 1845 г., и утвердительное разрѣшеніе этого вопроса Сенатомъ представляется вполнѣ правильнымъ.

деніи мы произвольно замѣняемъ юридическое понятіе понятіемъ біологическимъ или логическимъ, а въ особенности дѣлаемъ подмѣнъ понятій «покушеніе» и «недовершеніе» или «начало», а между тѣмъ эти понятія представляются нетождественными. «Покушеніе» есть понятіе юридическое и заключаетъ въ себѣ указаніе на извѣстное отношеніе дѣйствующаго къ запрету или требованію закона, а «начало» есть понятіе логическое и указываетъ на извѣстное отношеніе разсматриваемаго явленія къ позднѣйшему его развитію; для того, чтобы начало дѣянія обратилось въ покушеніе на преступное дѣяніе, необходимъ извѣстный придатокъ, въ силу коего это начало получаетъ уголовное значеніе, а благодаря этому придатку, измѣняется и разрѣшеніе разбираемаго вопроса.

Подтвержденіе этому положенію мы найдемъ при болѣе подробномъ разсмотрѣніи отдѣльныхъ типовъ преступныхъ дѣяній, не допускающихъ, по моему мнѣнію, покушенія, и при томъ или по субъективнымъ условіямъ ихъ состава, или по объективнымъ, или же, наконецъ, благодаря обрисовкѣ, данной имъ законодателемъ.

По причинамъ субъективнымъ покушеніе юридически немыслимо при неосторожныхъ дѣяніяхъ: едва ли можно себѣ и представить возбужденіе на практикѣ дѣла о покушеніи на лишеніе жизни или на истребленіе имущества, учиненнаго по неосторожности. Противоположное мнѣніе было высказано въ литературѣ Геппомъ [1]), по основаніямъ, весьма сходнымъ съ приведеннымъ

---

1) Hepp, Ueber vollendete und versuchte Verbrechen, въ его Versuche über einzelne Lehren der Strafrechtswissenschaft, 1827 г. № X, стр. 259—265, а также въ его статьѣ въ архивѣ угол. права за 1836 г., стр. 35—41. То же мнѣніе защищаетъ Zerbst въ архивѣ за 1856 г., стр. 214; H. Meyer, въ послѣднемъ изданіи учебника, § 31, говоритъ, что при неосторожныхъ дѣяніяхъ можно только говорить о попыткахъ, сходныхъ съ покушеніемъ (Analogon des Versuches). Обстоятельный разборъ этого ученія былъ сдѣланъ еще Zachariae, I, §§ 23—28; ср. также Листъ, стр. 185; Hälschner стр. 333; Baumgarten, стр. 355; Ianka, стр. 119; Чебышевъ-Дмитріевъ, § 9. Колоколовъ, стр. 211, 213 и сл., находитъ, что «несомнѣнно, что понятіе покушенія совершенно непримѣнимо въ области вины неосторожной», но что это вовсе не исключаетъ наказуемости неосторожности, за которой не послѣдовало вреднаго результата, какъ «неоконченнаго неосторожнаго дѣянія» (стр. 220). При этомъ авторъ понимаетъ это положеніе не въ томъ смыслѣ, что должны существовать извѣстныя наказуемыя дѣянія, которыя запрещены потому, что могутъ повлечь, напр., неосторожную смерть—быстрая ѣзда, стрѣльба въ недозволенномъ мѣстѣ, а онъ полагаетъ, что вообще, какъ скоро виновный проявилъ себя въ своей дѣятельности несомнѣнно способнымъ на неосторожное преступленіе (стр. 218), то онъ можетъ быть наказанъ. Положеніе, правда, оригинальное, но, думается, совершенно несостоятельное: мы будемъ наказывать безпечность, легкомысліе, забывчивость, самоувѣренность, безотносительно къ результатамъ, но какъ? За неосторожное убійство, увѣчье, поврежденіе имущества? На это авторъ не отвѣчаетъ. Поучителенъ и примѣръ, приведенный имъ относительно высшей (имъ же, впрочемъ, измышленной) формы неосторожности (стр. 218): кто-нибудь умышленно поджигаетъ домъ, въ верхнемъ этажѣ котораго находится разбитый параличемъ, сознавая вѣроятность погибели несчастнаго, но искренно желая, чтобы счастливый случай отклонилъ ее, и дѣйствительно нашелся герой, который, съ опасностью для собственной жизни, спасъ его: виновный долженъ быть наказанъ за умышленный поджогъ и за безрезультатную неосторожность, относящуюся къ области преступленій противъ жизни. Французскіе криминалисты признаютъ также невозможнымъ покушеніе на неосторожныя преступныя дѣянія; но Laborde, стр. 74 прим., къ этому добавляетъ, что практически этотъ споръ не имѣетъ значенія, такъ какъ неосторожныя посягательства не бываютъ преступленіями (crimes), а лишь проступками, такъ что покушенія на таковыя могутъ быть наказуемы лишь въ силу прямого указанія закона.

выше положеніемъ угол. касс. деп. Сената, а именно, что все, что совершается въ мірѣ, должно имѣть свое начало и что, говоря объ окончаніи дѣянія, мы логически не можемъ не мыслить его начала; но это положеніе одинаково не соотвѣтствуетъ ни юридическому понятію о покушеніи, какъ ступени осуществленія преступной воли, ни условіямъ наказуемости преступной неосторожности, какъ причиненія вреда правоохраненному интересу. Да и самъ Геппъ приходитъ къ тому результату, что такого рода покушеніе не только ненаказуемо ни въ одномъ кодексѣ, но и не должно наказываться по соображеніямъ уголовной политики.

Въ нашемъ правѣ такая невозможность вытекаетъ изъ самаго опредѣленія покушенія, какъ начала или продолженія приведенія задуманнаго въ исполненіе [1]).

Далѣе, въ области умышленной виновности мы встрѣчаемся съ вопросомъ о томъ, возможно ли покушеніе только при умыслѣ прямомъ или же оно примѣнимо и къ умыслу непрямому, къ преступному безразличію?

Припомнимъ характеристическія особенности этого вида умысла: кто-либо, желая достичь извѣстной цѣли, направляясь по извѣстному пути, предвидитъ, что при этой своей дѣятельности онъ можетъ учинить вредъ правоохраненному интересу, и не только безразлично относится къ этому, но и допускаетъ его наступленіе. Не отягчаетъ ли отвѣтственность или даже не обусловливаетъ ли иногда самую преступность уже одно предвидѣніе такой возможности, или же для этого необходима реализація того, что представлялось, какъ возможное?

Положимъ, напр., женщина принимаетъ мѣры для возстановленія менструацій, зная, что ихъ пріостановка можетъ быть послѣдствіемъ беременности, а употребляемое средство пригодно для произведенія выкида; предположенія о беременности оправдались, но выкида не послѣдовало: можно ли признать въ ея дѣятельности наличность покушенія? Или, нѣкто, уходя изъ квартиры, оставилъ непогашенную свѣчу, сознавая, что при той обстановкѣ, въ какой стояла свѣча, она можетъ причинить пожаръ, но безразлично относясь къ этому возможному послѣдствію въ виду того, что его имущество хорошо застраховано; свѣча, однако, догорѣла благополучно: можно ли его обвинять въ покушеніи на поджогъ? Я полагаю, что отвѣтъ долженъ быть отрицательный: покушеніе есть начало осуществленія преступнаго намѣренія, а въ данномъ случаѣ дѣятельность лица была направлена къ достиженію дозволеннаго, а не преступнаго результата; съ другой стороны, самое предположеніе виновнаго о наступленіи преступнаго результата является шаткимъ, гадательнымъ: обвиняемый предполагалъ, что можетъ возникнуть причинная связь между его дѣйствіемъ и правонарушительнымъ результатомъ; но самый фактъ показалъ, что его предположенія были невѣрны: какимъ же образомъ мы будемъ наказывать его за одно предположеніе? Но постановка вопроса не измѣнится, если такое безразличіе проявится при учиненіи дѣянія преступ-

---

1) При этомъ разбираемое положеніе должно быть понимаемо въ томъ смыслѣ, что не можетъ быть не только покушенія на неосторожныя дѣянія, но и неосторожнаго покушенія на какія бы то ни было преступныя дѣянія.

наго: виновный можетъ быть наказанъ за то, что онъ учинилъ, а не за покушеніе на то, что предполагалъ возможнымъ, но что, однако, не произошло; такъ, если кто-нибудь насилуетъ беременную женщину, зная объ ея положеніи и безразлично относясь къ возможному выкиду, но выкидъ не произошелъ, то онъ можетъ быть наказанъ за изнасилованіе, а не за покушеніе на изнасилованіе, сопровождавшееся выкидомъ [1]).

Дѣйствующее уложеніе устраняетъ всякія сомнѣнія по этому предмету, такъ какъ изъ самаго опредѣленія покушенія видно, что оно юридически возможно только при осуществленіи умысла прямаго.

Но и умыселъ прямой, какъ мы видѣли, допускаетъ оттѣнки, смотря по степени опредѣленности поставленной цѣли, по ея однородности или разнородности; вліяютъ ли эти оттѣнки, какъ, напр., различіе умысла неопредѣленнаго, альтернативнаго, на условія наказуемости покушенія?

Остановимся прежде всего на умыслѣ неопредѣленномъ, когда виновный желалъ причинить вредъ извѣстному правоохраненному интересу, но не отдавалъ себѣ вполнѣ яснаго отчета объ объемѣ и характерѣ этого вреда: виновный бросился на другаго съ намѣреніемъ нанести ударъ, не соображая, произойдетъ ли отъ этого увѣчье или раны, тяжкое или легкое тѣлесное поврежденіе. Если онъ уже нанесъ ударъ, то его виновность опредѣлится по наступившему послѣдствію, а если онъ остановился ранѣе, то, конечно, онъ отвѣчаетъ за покушеніе, но на какое тѣлесное поврежденіе? Я полагаю, что слѣдуетъ признать покушеніе на болѣе легкое изъ задуманныхъ имъ, такъ какъ этого требуетъ правило толкованія сомнѣній въ пользу подсудимаго, а равно и то соображеніе, что при такой характеристикѣ умысла нормальнымъ послѣдствіемъ должно быть простѣйшее, легкое, а болѣе тяжкіе результаты могутъ отягчать отвѣтственность только въ случаѣ ихъ дѣйствительнаго наступленія. Иное дѣло, конечно, если можно доказать, какой родъ поврежденія хотѣлъ именно причинить въ данномъ случаѣ виновный; тогда и покушеніе опредѣлится соотвѣтственно съ этимъ желаемымъ имъ результатомъ.

При умыслѣ альтернативномъ, когда виновный прямо желалъ или одного, или другаго изъ возможныхъ послѣдствій, дѣйствительное наступленіе одного изъ нихъ также устраняетъ значеніе для уголовной отвѣтственности другаго; но какъ опредѣлить отвѣтственность, если ни одно изъ послѣдствій еще не наступило? По моему мнѣнію, при рѣшеніи этого вопроса нужно различать два оттѣнка, когда желаемыя преступныя послѣдствія относятся къ одной и той же группѣ охраняемыхъ благъ, или когда они разнородны. Въ первомъ случаѣ, казалось бы, можно принять то же рѣшеніе, какъ и при умыслѣ неопредѣленномъ, а во второмъ, необходимо, по обстоятельствамъ даннаго дѣла, рѣшить, составъ какого изъ задуманныхъ преступныхъ дѣяній началъ выполнять виновный; если же, наконецъ, въ его дѣяніи будутъ признаки состава обоихъ дѣяній, то, примѣняясь къ понятію о сложныхъ преступныхъ дѣяніяхъ, или о такъ называемой идеальной совокупности, опредѣлить отвѣтственность какъ за покушеніе на важнѣйшее изъ задуманныхъ [2]).

---

1) Ср. Янка, стр. 119.

2) Вопросъ этотъ въ западно-европейской литературѣ считается весьма спорнымъ. Одни, какъ, напр., Haus, Luden, Bauer, Krug, отрицаютъ возможность покушенія при неопредѣленномъ умыслѣ;

Нѣкоторые криминалисты, какъ, напр., Миттермайеръ [1]), возбуждали еще вопросъ о томъ, возможно ли покушеніе при умыслѣ аффектированномъ, но отвѣтъ на это, очевидно, долженъ быть утвердительный. Если кто-либо, въ порывѣ страсти или сильнаго душевнаго движенія, бросился на другаго съ намѣреніемъ лишить его жизни, то мы не имѣемъ никакого основанія не признавать здѣсь покушенія на убійство.

По началамъ объективнымъ, покушеніе представляется юридически невозможнымъ при преступномъ бездѣйствіи, буде при томъ такое бездѣйствіе воспрещается само по себѣ, безотносительно къ послѣдствіямъ, имъ вызываемымъ. Въ этихъ случаяхъ самая преступность бездѣйствія зависитъ отъ наступленія извѣстнаго условія, всего чаще извѣстнаго момента времени; а потому вся дѣятельность лица, предшествующая этому моменту, представляется безразличною, съ наступленіемъ же этого момента воспроизводится полный составъ преступленія, такъ что, при такой конструкціи, мы не можемъ себѣ представить дѣйствія, коимъ бы начиналось или продолжалось приведеніе преступнаго намѣренія въ исполненіе. Такъ, если въ данномъ городѣ требуется, чтобы въ 8 часовъ вечера зажигались фонари, то до этого момента мы можемъ говорить о существованіи у какого-либо лица намѣренія не выполнять это требованіе; попытка же дѣйствительнаго неисполненія могла бы начаться только по наступленіи 8 часовъ; но тогда такое неисполненіе будетъ оконченнымъ преступнымъ бездѣйствіемъ. Напротивъ того, въ тѣхъ случаяхъ, когда для наказуемости бездѣйствія, или, въ особенности, невмѣшательства, требуется наступленіе извѣстнаго результата, покушеніе представляется возможнымъ, такъ какъ тогда покушеніемъ можетъ быть признаваемо самое бездѣйствіе, какъ проявленіе воли, стремящейся къ данному посягательству. Такимъ образомъ, если, напр., мать, задумавъ умертвить ребенка голодомъ, довела его уже до полнаго истощенія силъ, такъ-что смерть не наступила только благодаря случайному вмѣшательству постороннихъ лицъ, то я полагаю, что мать можетъ быть наказана за покушеніе на убійство [2]).

Далѣе, въ области умышленнаго содѣянія сомнѣніе относительно возможности покушенія возбуждаютъ тѣ случаи, когда содѣяніе наказуемо само по себѣ, а не въ силу вызываемыхъ имъ результатовъ, и притомъ по своей конструкціи таково, что воля достигаетъ своего осуществленія однимъ актомъ, такъ что мы не можемъ выдѣлить такого момента, который бы подходилъ подъ понятіе покушенія [3]). Таково, напр., словесное оскорбленіе, такъ какъ

другіе же, какъ, напр., Köstlin, Hälschner, H. Meyer, Liszt, признаютъ какъ при неопредѣленномъ, такъ и при альтернативномъ умыслѣ всегда покушеніе на тягчайшее изъ задуманныхъ послѣдствій.

1) Въ архивѣ угол. права, т. IV, стр. 18; ср. разборъ этого мнѣнія у Zachariae, стр. 46, прим. 2.

2) H. Meyer, стр. 202, находитъ, что покушеніе возможно и при бездѣйствіи въ тѣсномъ смыслѣ, но что оно ненаказуемо, такъ какъ виновный всегда можетъ выполнить требуемое до наступленія установленнаго срока, а съ другой стороны потому, что дѣло можетъ быть возбуждено только послѣ этого наступленія, т. е. когда опять-таки бездѣйствіе будетъ окончено; такую же теоретическую возможность покушенія признаютъ Гельшнеръ и Баумгартенъ; за полную возможность покушенія Binding, Grundriss, § 54.

3) Schwarze въ Kommentar относитъ къ этой группѣ: возбужденіе къ бунту, богохуленіе, угрозы, возбужденіе сословій другъ противъ друга, разглашеніе выдуманныхъ извѣстій и т. д. Такое же мнѣніе высказываютъ Zachariae, Bauer, Köstlin; изъ русскихъ криминалистовъ—Орловъ, Будзинскій,

пока оскорбительное слово или выраженіе не произнесены, до тѣхъ поръ умыселъ виновнаго еще не осуществляется; какъ скоро же слово сказано, обида является оконченною; если же мы иногда признаемъ обидою произнесеніе начала фразы или слова, какъ скоро оно сопровождалось возвышеніемъ голоса, жестами, то при такихъ условіяхъ мы наказываемъ символическое оскорбленіе, а не покушеніе на словесную обиду; тѣ же, конечно, соображенія примѣняются къ словесному богохуленію, кощунству, оскорбленію величества и т. д. [1]).

Третью группу составляютъ тѣ преступныя дѣянія, покушеніе на которыя становится юридически невозможнымъ, благодаря обрисовкѣ, данной имъ законодателемъ, имѣя, однако, при этомъ въ виду обрисовку, зависящую не отъ неудачной редакціи той или другой статьи, а сознательно данную имъ законодателемъ, такъ какъ въ первомъ случаѣ неправильность редакціи можетъ быть исправлена путемъ логическаго или историческаго толкованія [2]).

Полный перечень всѣхъ случаевъ этого рода, конечно, можетъ быть сдѣланъ только въ особенной части, а здѣсь можно привести только нѣсколько важнѣйшихъ примѣровъ.

Таковы, во-1-хъ, всѣ тѣ преступныя дѣянія, коихъ самостоятельное бытіе обусловливается въ самомъ законѣ наступленіемъ извѣстнаго событія, такъ что, съ отпаденіемъ его, направленная къ преступной цѣли дѣятельность или вовсе теряетъ, въ силу закона, преступный характеръ, или переходитъ въ иную группу. Такъ, если законъ, угрожая наказаніемъ за причиненіе поврежденія желѣзнодорожнаго пути, различаетъ причиненіе поврежденія, грозившаго опасностью крушенія поѣзда, и причиненіе поврежденія, отъ коего дѣйствительно произошло крушеніе поѣзда, то второй видъ поврежденія, по его законной конструкціи, не допускаетъ покушенія [3]).

Во-2-хъ, тѣ дѣянія, въ коихъ законодатель облагаетъ наказаніемъ не только причиненіе вреда правоохраненному интересу, но и дѣятельность, направленную на причиненіе такового вреда, дѣлая именно эту дѣятельность характеристическимъ типомъ даннаго преступнаго дѣянія. Такая конструкція

Кистяковскій. За признаніе во всѣхъ этихъ случаяхъ возможности покушенія высказывается H. Meyer, стр. 202, а также Колоколовъ, стр. 95.

1) Колоколовъ, стр. 222, высказываетъ такое положеніе, что покушеніе невозможно при преступленіяхъ формальныхъ, т. е. не требующихъ преступнаго послѣдствія; но онъ, повидимому, относитъ къ матеріальнымъ и обиду и клевету, слѣдовательно, допускаетъ покушеніе и при этихъ дѣяніяхъ.

2) Поясненіемъ этого можетъ служить, напр., разъясненіе нашего Сената по вопросу о покушеніи на разбой: Сенатъ, въ рѣшеніи 1869 г., № 569, по дѣлу Кузьмина и Киселева, указалъ, что, несмотря на неудачную редакцію ст. 1627, разбой долженъ считаться оконченнымъ только съ момента завладѣнія имуществомъ, а не съ момента нападенія.

3) Листъ, стр. 185, указываетъ, впрочемъ, на возможность исключеній изъ этого положенія, напр., покушеніе на изнасилованіе, сопровождавшееся смертью насилуемой, можетъ быть наказано какъ покушеніе на квалифицированное изнасилованіе. Ср. Thomsen, Der Versuch der durch eine Folge qualificirten Delicte, 1895. Онъ различаетъ три категоріи преступныхъ дѣяній, квалифицированныхъ по послѣдствіямъ: случайнымъ, неосторожнымъ и умышленнымъ, и допускаетъ покушеніе только въ послѣдней группѣ.

всего чаще встрѣчается при нѣкоторыхъ преступленіяхъ государственныхъ: такъ, для бунта или мятежа законъ не требуетъ дѣйствительнаго ниспроверженія существующаго образа правленія, а требуетъ дѣятельности, направленной къ таковому перевороту; такъ, напр., французскій кодексъ характеризуетъ это дѣяніе, какъ «attentat», германскій—какъ «Unternehmung»; наше уложеніе, какъ «посягательство».

Въ-3-хъ, дѣянія, наказуемыя только какъ покушеніе или какъ приготовленіе къ другому преступному дѣянію. Такія дѣйствія наказуемы не сами по себѣ, а только въ виду тѣхъ дѣяній, для которыхъ они служатъ приготовленіемъ или покушеніемъ, а потому предшествующая дѣятельность виновнаго, какимъ бы намѣреніемъ она проникнута ни была, не имѣетъ юридическаго значенія [1]). Но, разумѣется, этотъ вопросъ рѣшается иначе, если законъ запрещаетъ не покушеніе или приготовленіе вообще, а какія-либо отдѣльныя дѣйствія, придавая имъ притомъ обрисовку самостоятельныхъ преступныхъ дѣяній; при этихъ условіяхъ покушеніе на такія дѣянія представляется, конечно, юридически вполнѣ возможнымъ.

Въ-4-хъ, дѣянія, устраняющія возможность покушенія по условіямъ процессуальнымъ, какъ, напр., обида на письмѣ. Имѣя въ виду, что оскорбленіе на письмѣ должно почитаться оконченнымъ только съ момента ознакомленія обиженнаго съ содержаніемъ оскорбительнаго письма, мы, повидимому, должны признать изготовленіе письма приготовленіемъ, а отсылку письма по почтѣ или инымъ способомъ — покушеніемъ, которое, такимъ образомъ, является вполнѣ возможнымъ; но если мы вспомнимъ затѣмъ, что обида преслѣдуется по частной жалобѣ, а для предъявленія таковой необходимо, чтобы обиженный познакомился съ содержаніемъ письма или бумаги, т. е. необходимо, чтобы обида была окончена, то покушеніе на обиду на письмѣ представляется юридически невозможнымъ [2]).

167. Признаніемъ юридической возможности покушенія на данное дѣяніе еще не разрѣшается вопросъ о его наказуемости, такъ какъ понятно, что если при тѣхъ преступныхъ дѣяніяхъ, при коихъ покушеніе невозможно, не можетъ быть и рѣчи о наказуемости, то тамъ, гдѣ покушеніе возможно, оно тѣмъ не менѣе можетъ быть ненаказуемо; оно можетъ быть уголовно-безразличною, а не уголовно-наказуемою неправдою. При этомъ самый вопросъ о наказуемости покушенія можетъ быть разсматриваемъ или съ точки зрѣнія судьи, или съ точки зрѣнія законодателя. Въ первомъ отношеніи существеннымъ представляется вопросъ о томъ: достаточно ли запрещенія подъ страхомъ наказанія извѣстнаго дѣянія въ законѣ, чтобы судья, при возможности покушенія на него, могъ облагать таковое покушеніе наказаніемъ? По моему мнѣнію, отвѣтъ на это долженъ быть отрицательный. Права и обязанности судьи, относительно примѣненія закона уголовнаго, заключаются, выражаясь

---

1) Ср. Liszt, стр. 186.

2) Другія изъятія устанавливаются исключительно въ зависимости отъ обрисовки отдѣльныхъ преступныхъ дѣяній въ доктринѣ или въ кодексахъ; такъ, напр., Миттермайеръ отрицаетъ возможность покушенія при подкупѣ, злоупотребленіи властью и даже при утайкѣ; французскіе криминалисты—Trébutien, Haus и др.—при истребленіи плода, даже при отравленіи, въ смыслѣ ст. 301 code pénal, при лжесвидѣтельствѣ и т. д.

технически, въ подведеніи факта подъ законъ, т. е. въ сравненіи всей совокупности существенныхъ признаковъ даннаго конкретнаго дѣянія съ таковыми же признаками, установленными въ законѣ, и только въ такомъ случаѣ судья можетъ признать наличность преступнаго дѣянія, когда результатомъ сравненія окажется тождество фактическихъ и законныхъ признаковъ; отсутствіе въ данномъ дѣяніи какого-либо изъ существенныхъ условій состава устраняетъ возможность подведенія его подъ уголовный законъ; а такой неполный составъ представляетъ именно покушеніе, такъ какъ если мы даже и согласимся, что со стороны субъективной, по степени энергіи и опредѣленности воли, покушеніе сходно съ оконченнымъ дѣяніемъ, то во всякомъ случаѣ они разнятся со стороны объективной.

Такимъ образомъ, признаніе дѣянія въ законѣ наказуемымъ еще недостаточно для признанія со стороны суда наказуемымъ и покушенія на него; для этого необходимо спеціальное указаніе законодателя [1]).

Самый запретъ покушенія можетъ являться въ тѣхъ же формахъ, какъ и воспрещеніе дѣйствій подготовительныхъ:

Во-1-хъ, въ законѣ могутъ быть воспрещены какія-либо дѣянія, преступныя сами по себѣ, но которыя, при извѣстныхъ условіяхъ, могутъ явиться и покушеніемъ на другое преступное дѣяніе.

Во-2-хъ, законъ можетъ воспретить извѣстное дѣяніе только потому и только при томъ условіи, чтобы оно заключало въ себѣ начало осуществленія преступнаго намѣренія; конечно, такое дѣяніе, составляя по юридической своей природѣ покушеніе, будетъ тѣмъ не менѣе наказуемо, какъ самостоятельное дѣяніе, и притомъ безотносительно къ тому, дана ли такая обрисовка законодателемъ сознательно, потому что онъ признавалъ вреднымъ не покушеніе на данное дѣяніе вообще, а покушеніе, выразившееся въ опредѣленномъ дѣйствіи, или же она была только слѣдствіемъ несовершенства законодательной техники.

Въ-3-хъ, законъ воспрещаетъ покушеніе, какъ таковое. Собственно, эти случаи и относятся къ данному вопросу. Но и относительно ихъ постановки въ кодексахъ мы встрѣчаемъ нѣсколько оттѣнковъ: или а) законодатель объявляетъ покушеніе наказуемымъ при всѣхъ преступныхъ дѣяніяхъ, при коихъ оно возможно, давая по этому предмету одно общее правило; или б) онъ объявляетъ покушеніе наказуемымъ только при извѣстныхъ болѣе или менѣе обширныхъ группахъ дѣяній; или в) онъ объявляетъ покушеніе въ принципѣ не наказуемымъ, и только въ видѣ исключенія признаетъ его наказуемость при отдѣльныхъ дѣяніяхъ.

Другой вопросъ, почему и когда покушеніе можетъ быть признано законодателемъ заслуживающимъ наказанія [2])? Я полагаю, что отвѣтъ въ этомъ отношеніи можетъ быть одинъ: по тѣмъ же соображеніямъ, въ силу коихъ законодатель признаетъ вообще наказуемыми дѣянія, вредящія правоохраненнымъ интересамъ или грозящія имъ опасностью. Созданіе какого-либо само-

---

[1]) Klee, в. с., стр. 12. Противоположное мнѣніе изъ новыхъ нѣмецкихъ криминалистовъ защищаютъ: Köstlin и Krug.

[2]) См. болѣе подробныя указанія въ моемъ курсѣ I, № 323 и сл.

*

стоятельнаго основанія наказуемости покушенія указывало бы только на неполноту, а потому и на невѣрность основнаго принципа.

Но признаніе тождественности основъ наказуемости оконченнаго дѣянія и покушенія вовсе не влечетъ за собою признанія таковой тождественности по отношенію къ отдѣльнымъ преступнымъ дѣяніямъ, хотя въ доктринѣ оба эти положенія нерѣдко смѣшиваются [1]). Конечно, если мы будемъ видѣть сущность преступнаго дѣянія исключительно въ условіяхъ преступности воли, въ противорѣчіи ея съ требованіями абсолюта, съ законами нравственности, религіи, или въ ея упорствѣ, неподчиненіи угрозѣ уголовнаго закона, то мы должны будемъ признать одинаковыя основанія наказуемости какъ для лица, стремящагося достигнуть преступной цѣли, такъ и для лица, достигнувшаго таковой; но вопросъ совершенно измѣнится, какъ скоро мы перейдемъ къ объективнымъ основаніямъ наказуемости и будемъ помнить, что законъ караетъ не преступную волю, а преступное дѣяніе. Въ тѣхъ случаяхъ, когда оконченное дѣяніе грозитъ вредомъ, покушеніе заключаетъ въ себѣ только опасность; мало того, самая опасность покушенія зависитъ, главнымъ образомъ, не отъ свойствъ того дѣйствія, которое было учинено виновнымъ, а отъ проявленной имъ злой воли.

Этимъ вполнѣ объясняется, почему въ современныхъ законодательствахъ покушеніе наказывается далеко не при всѣхъ тѣхъ дѣяніяхъ, гдѣ оно юридически возможно.

Во Франціи, кодексъ 1791 г. допускалъ наказуемость покушенія только при двухъ преступленіяхъ: при предумышленномъ убійствѣ и при отравленіи; но уже законъ 23 преріаля IV года и 25 фримера VIII года пополнилъ эти постановленія, принявъ систему, которая перешла и въ дѣйствующій французскій кодексъ, на основаніи коего (ст. 2 и 3) покушеніе на преступленіе наказуемо всегда, на проступки—только въ случаяхъ, особо указанныхъ въ законѣ, а покушеніе на нарушенія ни въ какомъ случаѣ не наказуемо, такъ что законъ ставитъ опасность, а слѣдовательно, и наказуемость покушенія, въ прямое соотношеніе съ важностью того дѣянія, на которое посягалъ виновный [2]).

Это дѣленіе усвоено не только романскими кодексами—итальянскимъ, бельгійскимъ (ст. 52), но вошло и въ германское право, въ кодексъ прусскій 1851 г. и баварскій 1861 г. и, наконецъ, въ дѣйствующее германское уложеніе, которое въ § 43, признавая вообще покушеніе возможнымъ только при преступленіяхъ и проступкахъ, прибавляетъ, что покушеніе на проступокъ наказывается только въ случаяхъ, особо указанныхъ въ законѣ; то же повторяетъ кодексъ венгерскій, а кодексъ голландскій (§§ 45, 46), согласно своему двухчленному дѣленію, допускаетъ наказуемость покушенія при проступкахъ и безусловно устраняетъ наказуемость покушенія при нарушеніяхъ.

Дѣйствующее уложеніе приняло правило, сходное съ французскимъ,

---

[1]) Чебышевъ-Дмитріевъ, О покушеніи, стр. 45 и сл. Ср. H. Meyer, стр. 197.

[2]) Это различіе одобряется безусловно всѣми французскими криминалистами. Ср. Garraud, № 185.

на основаніи коего при тяжкихъ преступленіяхъ покушеніе наказуемо всегда; при преступленіяхъ—лишь въ случаяхъ, особо въ законѣ указанныхъ [1]), а при проступкахъ—вовсе не наказуемо [2]), причемъ въ тѣхъ статьяхъ, которыя будутъ состоять изъ нѣсколькихъ частей, изъ коихъ одна будетъ соотвѣтствовать тяжкому преступленію, а другая преступленію, также дѣлается указаніе о наказуемости покушенія, относя это указаніе только къ той части подобныхъ статей, которая соотвѣтствуетъ преступленію.

Обращаясь же къ разсмотрѣнію вопроса о размѣрѣ отвѣтственности за покушеніе, мы должны, прежде всего, остановиться на дѣленіи покушенія на виды.

Промежутокъ, отдѣляющій начало осуществленія преступнаго дѣйствія отъ его окончанія, представляется иногда весьма значительнымъ. Дѣятельность виновнаго, проявленная въ покушеніи, ея объемъ и характеръ весьма разнообразны; поэтому понятно, что попытки дѣленія покушенія на виды оказываются и многочисленными, и различными.

Наиболѣе старымъ и наиболѣе распространеннымъ является дѣленіе покушенія по степени его близости къ окончанію. Такъ, уже средневѣковые юристы различали три степени покушенія: conatus remotus, c. proximus и delictum perfectum, причемъ это дѣленіе осложнялось тѣмъ, что къ области покушенія относились и приготовительныя дѣйствія. Это дѣленіе встрѣчалось и въ партикулярныхъ нѣмецкихъ законодательствахъ; но нынѣ оно утратило практическое значеніе, благодаря условному характеру дѣлящаго признака. Степень близости, являясь количественнымъ измѣненіемъ совершающагося, можетъ быть опредѣлена только при сравненіи между собою какихъ-либо двухъ попытокъ выполненія однороднаго преступнаго дѣянія; но она не можетъ дать абсолютнаго масштаба для оцѣнки. Оттого всѣ криминалисты, защищавшіе такое дѣленіе, расходятся другъ съ другомъ при установленіи предѣловъ этихъ подраздѣленій. Но помимо этого, такое дѣленіе не можетъ имѣть дѣйствительнаго значенія при установленіи размѣровъ отвѣтственности. Понятно, что отсутствіе вреда, отсутствіе дѣйствительнаго нарушенія нормы создаетъ различіе между оконченнымъ преступнымъ дѣяніемъ и покушеніемъ; но какое же различіе и въ объективномъ, и въ субъективномъ отношеніи мы найдемъ между близкимъ и отдаленнымъ покушеніемъ?

Другое дѣленіе, имѣющее и нынѣ много защитниковъ, основывается на объемѣ дѣятельности виновнаго. Какъ говоритъ Листъ (2 изд. стр. 184), покушеніе обнимаетъ собою не только волимое тѣлесное движеніе, но также и приведенную въ дѣйствіе цѣпь причинностей, внѣ дѣйствующаго лежащихъ;

---

1) Въ замѣчаніяхъ на проектъ нѣкоторыми было сдѣлано предложеніе при проступкахъ указывать тѣ случаи, при которыхъ покушеніе не наказуемо, такъ какъ такіе случаи будутъ исключеніемъ; но, какъ указано въ объяснительной запискѣ, комиссія нашла технически неудобнымъ, хотя бы и при нѣкоторыхъ проступкахъ, вносить въ текстъ закона указаніе, что покушеніе на сіе дѣяніе не наказуемо.

2) Въ объяснительной запискѣ по этому поводу указано, что если бы встрѣтились такія нарушенія, при коихъ надлежало бы подвергать отвѣтственности и за покушеніе, то, казалось бы, цѣлесообразнѣе придать въ этихъ случаяхъ такую конструкцію соотвѣтствующимъ статьямъ особенной части, которая бы обнимала и попытку нарушить велѣнія или запреты закона.

отсюда является возможность противопоставить эту дѣятельность присоединяющимся силамъ и на этомъ построить дѣленіе покушенія. Если виновный выполнилъ ту дѣятельность, которая съ его стороны требовалась составомъ даннаго дѣянія, а предположенное имъ зло тѣмъ не менѣе не послѣдовало, мы имѣемъ покушеніе оконченное; если же онъ прервалъ свою дѣятельность прежде, чѣмъ выполнилъ то, что отъ него требовалось—покушеніе неоконченное [1]).

Но и это дѣленіе вызываетъ значительныя сомнѣнія, въ особенности съ точки зрѣнія различія по наказуемости этихъ видовъ:

Во-1-хъ, почему можемъ мы сказать, что тотъ, кто былъ захваченъ въ тотъ самый моментъ, когда онъ готовился спустить уже курокъ ружья, долженъ быть всегда наказанъ слабѣе, чѣмъ тотъ, кто выстрѣлилъ, но не попалъ? Вреда нѣтъ какъ въ томъ, такъ и въ другомъ случаѣ, а степень энергіи воли у обоихъ можетъ быть одинакова.

Во-2-хъ, самое опредѣленіе объема той дѣятельности, которая требуется для бытія оконченнаго покушенія, представляется весьма спорнымъ. Оконченнымъ считается покушеніе, когда со стороны виновнаго сдѣлано все, что требовалось отъ него для состава даннаго преступнаго дѣянія; но какъ понимать выраженіе «все»? Оно допускаетъ три различныя толкованія: а) когда сдѣлано все, что было дѣйствительно нужно для выполненія даннаго дѣянія; б) когда сдѣлано все, что виновный въ данномъ случаѣ могъ считать нужнымъ для выполненія, и в) когда сдѣлано все, что онъ считалъ нужнымъ.

Принятіе той или другой изъ этихъ формулъ, имѣющихъ каждая своихъ защитниковъ между криминалистами, поведетъ къ весьма различнымъ практическимъ выводамъ [2]).

---

1) Это дѣленіе было формулировано уже Клейномъ, въ Grundsätze des peinlichen Rechts, 1795 г., § 145; дальнѣйшая исторія этого дѣленія изложена въ статьѣ Бернера: Wie unterscheiden sich der beendigte und nichtbeendigte Versuch, und ist auch bei dem beendigten Versuch noch ein Rücktritt möglich, въ G. за 1865 г., стр. 81—112. Ср. J. Goldschmidt, Die Lehre vom unbeendigten und beendigten Versuch, 1897; онъ, стр. 3, указываетъ, что впервые понятіе оконченнаго покушенія появилось еще у Menochius'a «de arbitrariis judicum». Самое названіе перваго вида, утвердившееся, по примѣру нѣмецкой доктрины, въ нашемъ правѣ, вызываетъ сомнѣніе. Покушеніе, попытка, означаетъ нѣчто недовершенное и прибавка къ нему эпитета «оконченное» является противорѣчіемъ. Болѣе соотвѣтственною представляется терминологія французская и итальянская, которыя, начиная съ Романьози, въ этихъ случаяхъ говорятъ о délit manqué, delitto mancato, неудавшееся преступленіе. Ср. Haus, № 417. Изъ нашихъ криминалистовъ Кистяковскій, § 294. считаетъ оконченное покушеніе самостоятельною и отдѣльною формою преступности, которая должна отличаться по наказуемости и отъ оконченнаго преступнаго дѣянія, и отъ покушенія. Колоколовъ, стр. 118, отрицаетъ возможность этого дѣленія, но на томъ основаніи, что онъ признаетъ вообще покушеніемъ только то, что нашъ законъ называетъ оконченнымъ покушеніемъ. Ср. у него стр. 192.

2) Такъ, за первую формулу высказывается Zachariae, а изъ русскихъ криминалистовъ—Спасовичъ, стр. 132; за вторую—Чебышевъ-Дмитріевъ, стр. 133; за третью—Köstlin, H. Meyer, стр. 217, Rossi; Кистяковскій, § 293, пытается соединить третье воззрѣніе съ первымъ, не замѣчая, что они несоединимы. Различныя опредѣленія оконченнаго покушенія въ нѣмецкихъ партикулярныхъ кодексахъ разобраны въ статьѣ Бернера, въ G., стр. 82, а также въ учебникѣ; см. также Колоколовъ, стр. 113 и сл. Новые нѣмецкіе криминалисты пытаются избѣгнуть затрудненій, вовсе не упоминая въ опредѣленіи объ отношеніи выполненнаго къ законному понятію преступленія; но чрезъ это самое понятіе еще болѣе затемняется. Бернеръ, въ учебникѣ, опредѣляетъ оконченное покушеніе такъ: когда направленное на результатъ дѣйствіе выполнено, но безрезультатно, прибавляя, что въ

При послѣдовательномъ проведеніи перваго, чисто объективнаго воззрѣнія, мы придемъ почти къ совершенному отрицанію возможности оконченнаго покушенія, такъ какъ самая неудача преступной попытки по большей части свидѣтельствуетъ, что виновный не сдѣлалъ всего, что было нужно для совершенія дѣянія. Если кто-либо стрѣлялъ въ жертву изъ пистолета на такомъ разстояніи, на которомъ цѣлить было очень трудно, тотъ не сдѣлалъ всего, что было нужно, такъ какъ не подвинулся поближе къ жертвѣ; если ночной воръ ходилъ слишкомъ шумно по комнатѣ, разбудилъ жильцовъ и былъ схваченъ,—онъ не сдѣлалъ всего, что было нужно и т. д.

При второмъ масштабѣ, мы дѣлаемъ понятіе объ оконченномъ покушеніи крайне неопредѣленнымъ, такъ какъ установленіе понятія о томъ, что можно было въ данномъ случаѣ считать нужнымъ, будетъ зависѣть отъ полнаго усмотрѣнія судьи, не имѣющаго притомъ никакого твердаго основанія. Возьмемъ вышеприведенный примѣръ выстрѣла на слишкомъ далекомъ разстояніи: если стрѣлявшій—неопытный стрѣлокъ, то мы вполнѣ правы, говоря, что онъ могъ считать, что сдѣлалъ все, что было нужно—покушеніе оконченное, а если онъ опытный стрѣлокъ, который по калибру пистолета можетъ опредѣлить предѣлъ его боя, въ этомъ случаѣ то же дѣяніе будетъ неоконченнымъ покушеніемъ; если же мы при этой оцѣнкѣ устранимъ личность виновнаго, то мы должны всѣ случаи покушенія не только съ негодными, но и съ недостаточными средствами отнести къ области неоконченнаго покушенія.

Наконецъ, при третьемъ толкованіи критерій опредѣленія оконченнаго покушенія становится случайнымъ, такъ какъ, съ одной стороны, нельзя будетъ признать таковымъ тѣ случаи, когда виновный, хотя и сдѣлалъ все, что было нужно, но, благодаря невѣрному пониманію условій своей дѣятельности, думалъ, что совершеннаго недостаточно, а съ другой, придется признать оконченнымъ покушеніемъ всякое покушеніе съ негодными средствами, хотя бы таковыя были выбраны только по крайнему невѣжеству и суевѣрію дѣйствовавшаго.

Изъ дѣйствующихъ западно-европейскихъ законодательствъ французское приняло въ области недовершеннаго дѣянія (délit imparfait) различіе между tentative suspendue и délit manqué, понимая подъ первою такую дѣятельность, которая была прервана или не надлежаще выполнена и даже по обстоятельствамъ дѣла могла быть еще остановлена виновнымъ, а подъ вторымъ, такую дѣятельность, которая была довершена, но не удалась по обстоятельствамъ, отъ дѣйствовавшаго не зависѣвшимъ [1]); но практическаго значенія это дѣленіе не имѣетъ, такъ какъ отвѣтственность при обоихъ видахъ поку-

---

случаяхъ сложныхъ подъ дѣйствіемъ нужно понимать послѣдній исполнительный актъ. Впрочемъ, онъ придаетъ этому дѣленію значеніе только при вопросѣ о добровольно оставленномъ покушеніи. Противъ этого дѣленія, какъ случайнаго и лишеннаго практическаго значенія, высказываются Hälschner, Schwarze, Schütze, Baumgarten, в. с., стр. 443. Ср. Goldschmidt, стр. 41.

1) Гарро, № 181, поясняетъ это такимъ примѣромъ: ядъ взятъ жертвою, но третье лицо вырвало стаканъ — прерванное покушеніе; ядъ выпитъ, но не подѣйствовалъ, благодаря принятому противоядію,—неудавшееся преступленіе; Laborde, № 111, придаетъ исключительное значеніе возможности или невозможности остановки.

шенія назначается одинаковая. Та же система усвоена и бельгійскимъ кодексомъ 1867 года.

Нѣмецкіе партикулярные кодексы, напротивъ того, придавали различію оконченнаго и неоконченнаго покушенія практическое значеніе, за исключеніемъ кодексовъ прусскаго и баварскаго 1861 г., которые отказались отъ этого дѣленія. Кодексъ германскій также не упоминаетъ объ этомъ различіи при опредѣленіи покушенія, но, говоря о добровольно оставленномъ покушеніи, различаетъ остановку преступной дѣятельности и предотвращеніе долженствующихъ произойти результатовъ, въ зависимости отъ свойствъ покушенія; та же система усвоена кодексомъ венгерскимъ и норвежскимъ проектомъ, § 50. Кодексъ итальянскій (§ 61 и 62) различаетъ два эти вида покушенія по ихъ наказуемости, считая раздѣлительнымъ признакомъ учиненіе того, что было нужно.

Наконецъ, голландскій кодексъ не упоминаетъ объ этомъ различіи даже и при покушеніи, добровольно оставленномъ; той же системы держится, понятно, и швейцарскій проектъ (§ 17), не опредѣляющій и самаго покушенія.

Сводъ законовъ не зналъ дѣленія покушенія на виды; оно было внесено въ наше право редакторами уложенія 1845 года, по нѣмецкому образцу, причемъ они не придали этимъ видамъ покушенія самостоятельной терминологіи [1]).

Уложеніе различало покушеніе вообще (ст. 114) и выдѣленное изъ него покушеніе оконченное (ст. 115), причемъ самое опредѣленіе этого послѣдняго понятія существенно измѣнилось на основаніи закона 9 Марта 1864 года. Послѣ него оконченное покушеніе опредѣлялось такъ: «когда подсудимымъ сдѣлано все, что онъ считалъ (что онъ «могъ считать»—до закона 1864 г.) нужнымъ для приведенія своего намѣренія въ исполненіе, и преднамѣренное имъ зло не совершилось только по особеннымъ, не предвидѣннымъ имъ обстоятельствамъ, или вслѣдствіе безвредности употребленныхъ имъ средствъ. Такимъ образомъ, по разъясненію нашего Сената (рѣшеніе по дѣлу Данилова 70/1528), понятіе оконченнаго покушенія зависѣло отъ двухъ условій: отъ объема дѣятельности и отъ условій остановки, такъ что, напр., если преступникъ и сдѣлалъ все, что считалъ нужнымъ, но зло не воспослѣдовало по такимъ обстоятельствамъ,которыя виновный могъ и долженъ былъ предвидѣть (напр., задержаніе вора хозяиномъ лавки или кѣмъ-либо изъ его домашнихъ или даже посторонними лицами,рѣшеніе по дѣлу Тюркова 67/194), то покушеніе не могло считаться оконченнымъ [2]).

---

[1]) Впрочемъ, уголов. касс. деп. Прав. Сената въ рѣшеніи по дѣлу Соколовскаго 1873 г., № 600, принялъ и по нашему праву общепринятую терминологію, различая покушеніе прерванное (ст. 114) и оконченное (ст. 115). Кромѣ того, Сенатъ призналъ (рѣшенія по дѣламъ Галача, 69/831 Лагунова, 73/937), что такъ какъ оконченное покушеніе представляется болѣе тяжкимъ видомъ, то въ дѣлахъ, разсматриваемыхъ съ участіемъ присяжныхъ засѣдателей, установленіе наличности признаковъ этого вида принадлежитъ имъ, и если присяжнымъ не было предложено особаго вопроса объ этомъ, то судъ обязанъ считать покушеніе неоконченнымъ и примѣнять ст. 114.

[2]) Благодаря такому ограничительному толкованію, при послѣдовательномъ проведеніи взгляда угол. кассац. депар., примѣненіе ст. 115 уложенія становилось почти исключительнымъ явленіемъ и было возможно развѣ только при преступленіяхъ противъ жизни.

Далѣе, при покушеніи неоконченномъ уложеніе обращало вниманіе на большую или меньшую близость учиненнаго къ окончанію, не придавая, однако, этому дѣленію никакого особаго практическаго значенія.

Уставъ о наказаніяхъ хотя и упоминалъ объ оконченномъ покушеніи, но только въ постановленіяхъ о покушеніи, добровольно оставленномъ, а самое понятіе оставлялъ безъ всякаго поясненія.

Дѣйствующее уложеніе не содержитъ никакого указанія относительно дѣленія покушенія на виды.

Относительно рѣшенія вопроса о размѣрахъ наказуемости покушенія сравнительно съ оконченнымъ дѣяніемъ въ законодательствахъ и въ доктринѣ встрѣчается также большое различіе.

Французское законодательство эпохи революціи усвоило систему римскаго права о равной наказуемости покушенія и совершенія; это начало было принято кодексомъ 1810 г. [1]) и сохранилось, несмотря на попытку его измѣненія въ 1832 г., донынѣ вызывая, впрочемъ, противъ себя возраженія почти всѣхъ выдающихся французскихъ авторитетовъ [2]). Даже кодексы, наиболѣе близко державшіеся французскаго права, отступили отъ этого начала Такъ, бельгійское уложеніе 1867 г. (§§ 52, 53) при покушеніи на преступленіе назначаетъ наказаніе, непосредственно слѣдующее въ общей лѣстницѣ за наказаніемъ, назначеннымъ за оконченное дѣяніе, а при покушеніи на проступокъ опредѣляетъ размѣръ наказанія въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ [3]); итальянское также въ самомъ законѣ опредѣляетъ размѣръ смягченія.

Партикулярные нѣмецкіе кодексы всегда держались начала смягченія отвѣтственности [4]) и это начало, хотя въ весьма осложненной формѣ, приняло дѣйствующее германское уложеніе, назначая взамѣнъ смертной казни и пожизненнаго заключенія въ Zuchthaus—Zuchthaus отъ 3—15 лѣтъ; взамѣнъ пожизненной крѣпости—крѣпость отъ 3—15 лѣтъ, а въ прочихъ случаяхъ указывая, что при покушеніи низшая мѣра наказанія, установленнаго въ законѣ, можетъ быть уменьшена на $^1/_4$. Аналогичную систему принимаетъ кодексъ венгерскій, а кодексъ голландскій уменьшаетъ высшій размѣръ наказанія на $^1/_3$, безсрочное же наказаніе замѣняетъ срочнымъ не свыше 15 лѣтъ [5]).

---

1) Treillard, въ мотивахъ къ ст. 2 code pénal, объяснялъ такое приравненіе тѣмъ, что при покушеніи преступленіе является уже выполненнымъ въ волѣ лица. Ср. историческія указанія у F. Hélie, Théorie, I, № 161; Ortolan, № 1026, пр. I. Изъ криминалистовъ за такое приравненіе высказывался—Romagnosi.

2) Какъ, напр., Rossi, Boitard, F. Hélie, Ortolan, Morin, Garraud, Lainé, Laborde. Проектъ уголовнаго уложенія для Франціи 1887 г. вводитъ уже уменьшенную наказуемость покушенія.

3) Точно также прусскій кодексъ 1851 г. и баварскій 1861 г. допускали уменьшеніе отвѣтственности при тѣхъ преступленіяхъ, за которыя назначались смертная казнь и пожизненное заключеніе въ Zuchthaus.

4) Подробное изложеніе вопроса о наказуемости покушенія по нѣмецкимъ законодательствамъ и доктринѣ у Zachariae, стр. 59, пр. 3, а также у Köstlin'a, System, стр. 248. H. Meyer, стр. 218, находитъ справедливымъ, чтобы покушеніе наказывалось въ minimum'ѣ снисходительнѣе оконченнаго преступленія, но не въ maximum'ѣ, такъ какъ могутъ быть случаи, напр., оконченнаго покушенія требующіе полной отвѣтственности.

5) Значительное пониженіе наказанія допускаетъ и норвежскій проектъ.

Въ пользу нѣмецкой системы могутъ быть приведены соображенія не только объективнаго, но даже отчасти и субъективнаго характера. Если преступная воля и сложилась у лица покушающагося, то она все-таки не достигла той степени энергіи, какую она имѣетъ при оконченномъ преступномъ дѣяніи, или по крайней мѣрѣ у насъ нѣтъ достаточно данныхъ для вывода о наличности такой рѣшимости; въ особенности это соображеніе имѣетъ значеніе тогда, когда самая преступная дѣятельность еще не окончена, когда для виновнаго есть возможность остановки [1]).

Но еще болѣе основаній для снисхожденія представляетъ сторона объективная—отсутствіе преднамѣреннаго виновнымъ вреда, отсутствіе правонарушенія. «Немыслимо», какъ справедливо говоритъ Росси, «забывать, что общество всегда и вездѣ иначе смотритъ на убійцу, жертва коего лежитъ въ гробу, чѣмъ на того, чья попытка была неудачна, такъ что жертва является свидѣтелемъ на судѣ; подобно тому, какъ каждый изъ насъ невольно отличаетъ въ угрызеніяхъ совѣсти случаи, когда вредъ умышленный или неосторожный дѣйствительно произошелъ или когда хотя бы и простая случайность, воспрепятствовала его осуществленію». Государство, карая преступленія, борется не съ простою злою волею, а съ волею вредоносною.

Сводъ законовъ (ст. 126—128, по изд. 1842 г.) принималъ такое начало, что если покушеніе само по себѣ составляетъ самостоятельное преступленіе, то виновный наказывается какъ за таковое, а въ противномъ случаѣ онъ подлежитъ наказанію, назначенному за оконченное дѣяніе, но съ уменьшеніемъ его въ видѣ и степени по усмотрѣнію суда [2]).

Уложеніе 1845 г. существенно измѣнило эти постановленія, поставивъ наказуемость покушенія въ зависимость отъ дѣленія его на виды. До закона 9 Марта 1864 г. при покушеніи неоконченномъ наказаніе смягчалось на 1 или 2 степени, а покушеніе оконченное наказывалось наравнѣ съ исполненіемъ. Послѣ же этого закона, наказаніе за покушеніе неоконченное смягчалось на 2, 3 или 4 степени, а за покушеніе оконченное—на 1, 2 или 3 степени, такъ что практическое различіе между этими двумя видами сдѣлалось еще незначительнѣе, такъ какъ въ отдѣльныхъ случаяхъ покушеніе оконченное могло быть наказано слабѣе неоконченнаго.

Въ уставѣ о наказаніяхъ, въ общей части, по этому вопросу не было никакихъ указаній, а по ст. 172 и 176 наказаніе при покушеніи уменьшалось на половину.

---

1) За приравненіе по наказуемости къ оконченному преступному дѣянію и оконченнаго покушенія—Köstlin, System, стр. 247, пр. II; повидимому и Листъ, 7-е изд. стр. 184; изъ французскихъ криминалистовъ—Bertauld, стр. 201; Trébutien, стр. 104; изъ русскихъ—Спасовичъ, стр. 133 Весьма обстоятельныя возраженія противъ приравненія оконченнаго покушенія къ совершенію приведены у Чебышева-Дмитріева, 134; Ortolan, №№ 992—1000. Но доктрина равной наказуемости нашла защитниковъ въ антропологической школѣ, напр., у Гарофало и Ломброзо. Ср. Thiry, стр. 193; Champcommunal, стр. 41; строго говоря, къ этому выводу должны придти и сторонники доктрины личнаго состоянія «преступности», какъ основы наказуемости: степень отвѣтственности за преступную насыщенность не можетъ зависѣть отъ обстоятельствъ, внѣ преступника лежащихъ и иногда совершенно случайныхъ, но они оказываются не достаточно послѣдовательными, какъ, напр., Есиповъ, стр. 246.

2) Наши старые криминалисты, Нейманъ, Цвѣтаевъ, Гуляевъ, признавали меньшую наказуемость покушенія. Ср. мой курсъ, II, № 334, пр. 207.

По дѣйствующему уложенію во всѣхъ случаяхъ, въ коихъ покушеніе признается наказуемымъ, наказаніе, назначенное въ законѣ за оконченное преступное дѣяніе, уменьшается въ томъ же объемѣ и порядкѣ, который установленъ на случай признанія наличности обстоятельствъ, смягчающихъ вину. Такимъ образомъ, при покушеніи судъ не можетъ назначить высшей мѣры наказанія за учиненное преступное дѣяніе, въ законѣ назначенное [1]), а можетъ или уменьшить назначенное въ законѣ наказаніе до низшаго предѣла сего рода наказанія, или перейти къ слѣдующему роду, смотря по формѣ уголовной санкціи [2]).

168. Разсматривая покушеніе, какъ осуществляющуюся преступную волю, я не касался вопроса о томъ, почему виновный остановился на своемъ пути и не довершилъ задуманнаго, а причины такой остановки могутъ быть различны: онѣ могутъ заключаться или въ обстоятельствахъ, внѣ дѣятельности лежащихъ, или въ усмотрѣніи и волѣ виновнаго, или, наконецъ, въ самыхъ свойствахъ предпринятой дѣятельности.

Покушеніе, оставленное по обстоятельствамъ, внѣ воли и дѣятельности виновнаго лежащимъ, является какъ бы нормальнымъ видомъ покушенія, къ которому по преимуществу и относится все предшествующее изложеніе; поэтому я теперь долженъ остановиться на двухъ другихъ типахъ и, прежде всего, на покушеніи, добровольно оставленномъ [3]).

Но можно ли отличать покушеніе, оставленное по волѣ виновнаго, отъ покушенія, прекращеннаго по причинамъ, внѣ воли лежащимъ, когда сама воля есть также продуктъ этой обстановки? Отвѣтъ на это долженъ быть утвердительный, все равно, будемъ ли мы вмѣстѣ съ индетерминистами допускать самопочинность проявленія воли, или же признаемъ закономѣрность всѣхъ ея актовъ. И въ послѣднемъ случаѣ мы будемъ отличать непосредственное воздѣйствіе окружающихъ условій, вызвавшее пріостановку или прекращеніе даннаго событія, и посредственное, предполагающее посредствующую дѣятельность нашего сознанія и разсудка, благодаря коей вліяніе окружающей среды переработывается въ мотивы дѣятельности.

Такимъ образомъ, добровольно оставленное покушеніе предполагаетъ сознательное измѣненіе лицомъ начатой имъ дѣятельности. Отсюда мы получимъ два вывода: во-1-хъ, какъ для покушенія вообще, такъ и для добровольной остановки необходима наличность умышленности, и покушеніе, не имѣвшее послѣдствій, благодаря небрежности или неловкости виновнаго, будетъ признаваться покушеніемъ, оставленнымъ по обстоятельствамъ, отъ преступ-

---

1) Не могу не замѣтить, что еще въ 1871 г. (рѣш. № 42 по дѣлу Стебловскаго) главный военный судъ призналъ, что по кореннымъ началамъ нашего права покушеніе никогда не можетъ быть наказуемо наравнѣ съ оконченнымъ преступленіемъ.

2) Это можно пояснить такими примѣрами: если въ законѣ назначена, какъ наказаніе, каторга не ниже 8 лѣтъ (отъ 8—15), то при покушеніи можетъ быть назначена каторга отъ 4 до 14½ лѣтъ; если назначена каторга не свыше 8 лѣтъ (отъ 4—8 лѣтъ), то при покушеніи, или каторга отъ 4—7½ лѣтъ, или исправительный домъ отъ 1½—6 лѣтъ.

3) Ср. Zachariae, §§ 249—289; Чебышевъ-Дмитріевъ, О покушеніи, стр. 188 и сл.; Binding, Normen, II, стр. 234; въ особенности же Herzog, Rücktritt vom Versuch und thätige Reue, 1889.

ника не зависѣвшимъ; во-2-хъ, что такъ какъ все отличіе понятія покушенія, добровольно оставленнаго, отъ покушенія, остановленнаго по обстоятельствамъ, отъ воли не зависѣвшимъ, сводится, главнымъ образомъ, къ различію посредственнаго и непосредственнаго вліянія окружающихъ преступную дѣятельность условій, то, понятно, что оба эти вида не только соприкасаются другъ съ другомъ, но и незамѣтно переходятъ одинъ въ другой, допуская въ отдѣльныхъ случаяхъ разграниченіе только по чисто конкретнымъ признакамъ. Поэтому, судебная практика, какъ западная, такъ и наша [рѣшенія по дѣламъ: Федорова (68/194) и Рожнова (71/1123)], требуетъ каждый разъ точнаго установленія причинъ остановки и, въ случаѣ рѣшенія дѣла съ участіемъ присяжныхъ, предложенія имъ особаго вопроса, причемъ, какъ замѣчаетъ уголов. кассац. департ. Прав. Сената, если бы подобный вопросъ не былъ предложенъ, то, основываясь на томъ, что всякое сомнѣніе толкуется въ пользу подсудимаго, судъ долженъ признавать покушеніе оставленнымъ по волѣ виновнаго.

Добровольная остановка можетъ происходить изъ весьма разнообразныхъ побужденій; поэтому добровольною остановкою должна быть признана не только остановка изъ сознанія неправоты или безнравственности совершаемаго, изъ чувства раскаянія, изъ угрызеній совѣсти, изъ сожалѣнія къ жертвѣ, благодаря ея мольбамъ, но и остановка изъ страха наказанія, боязни поимки и даже изъ соображенія о томъ, что преступное дѣяніе выгоднѣе совершить въ другое время, при другихъ обстоятельствахъ [1]), такъ какъ во всѣхъ этихъ случаяхъ неизмѣннымъ остается одно условіе: преступная дѣятельность была остановлена по волѣ виновнаго.

Мало того, покушеніе, при указанныхъ условіяхъ, признается добровольно оставленнымъ, хотя бы предпринятое виновнымъ и само по себѣ было неосуществимо; такимъ образомъ, если лицо, поднесшее другому чашку кофе съ предполагаемою отравою, не замѣчая, что оно перепутало чашки, и подавая ту, въ которой нѣтъ отравы, одумывается и прекращаетъ преступную дѣятельность, то учиненное имъ будетъ разсматриваться какъ покушеніе, добровольно оставленное.

Это понятіе добровольно оставленнаго покушенія заключаетъ въ себѣ предположеніе о прекращеніи дѣятельности навсегда или на болѣе или менѣе продолжительное время; поэтому подъ него не можетъ быть подводима простая пріостановка дѣятельности, въ виду измѣненія плана, когда осуществленіе преступнаго намѣренія продолжается; причемъ нельзя не замѣтить, что это различіе остановки и пріостановки можетъ быть дѣлаемо только на основаніи фактическихъ условій даннаго дѣла, такъ какъ различіе между этими понятіями скорѣе количественное, чѣмъ качественное.

Со стороны объективной, покушеніе, добровольно оставленное, предполагаетъ дѣятельность, еще недовершенную и оставленную, но можно ли говорить о такой остановкѣ при такъ называемомъ оконченномъ покушеніи?

---

1) Но, конечно, остановка вслѣдствіе того, что преступное дѣяніе замѣчено жертвою или другими лицами, хотя бы и не принявшими еще никакихъ мѣръ по отношенію къ обнаруженному, будетъ остановкою по обстоятельствамъ, отъ воли виновнаго не зависящимъ.

Конечно, тамъ, гдѣ виновный сдѣлалъ все, что было нужно или что онъ считалъ нужнымъ, уже нельзя говорить о добровольномъ прекращеніи дѣятельности; но это еще не устраняетъ возможности вліянія измѣненія направленія воли на юридическое свойство учиненнаго, такъ какъ тогда можно говорить о предотвращеніи преступныхъ послѣдствій дѣятельности или даже при извѣстныхъ условіяхъ о невозобновленіи преступной дѣятельности, оказавшейся неудачною и т. д. [1]). Однимъ словомъ, опредѣляя покушеніе, какъ не довершенное осуществленіе преступнаго умысла, мы можемъ, рядомъ съ добровольно оставленнымъ покушеніемъ, говорить о добровольно не довершенномъ преступномъ дѣяніи.

Далѣе, и въ томъ и въ другомъ случаѣ, то, что было уже совершено или выполнено покушавшимся, можетъ быть или само по себѣ преступно, или, безразличное само по себѣ, оно получаетъ преступный характеръ только благодаря тому, что въ немъ проявилась преступная воля.

Другой вопросъ, какое значеніе имѣетъ добровольная остановка покушенія на наказуемость? Покушеніе наказывается потому, что преступная воля, начавшая свое осуществленіе, представляетъ уже опасность для общества и требуетъ кары; наказуемымъ является учиненное, какъ начало осуществленія преступнаго умысла; но при добровольно оставленномъ покушеніи злая воля исчезаетъ, прекращается, а вмѣстѣ съ тѣмъ, очевидно, исчезаетъ и юридическое основаніе наказуемости, и притомъ, какъ съ объективной, такъ и съ субъективной стороны [2]).

Но и помимо этого основанія, нельзя не принять во вниманіе и соображеній уголовной политики. Выполненіе преступнаго дѣянія представляетъ несомнѣнный вредъ для общества, а потому всякое усиленіе условій, могущихъ воспрепятствовать его окончанію, выгодно для охраны правового порядка; въ силу этого, ненаказуемость добровольно прекращенной дѣятельности представляетъ несомнѣнную выгоду. Далѣе, добровольное прекращеніе преступной дѣятельности, какъ мы видѣли, иногда свидѣтельствуетъ, или же заставляетъ предполагать, что виновный доступенъ чувству раскаянія, жалости, угрызеній совѣсти, а государство не можетъ игнорировать эти проявленія человѣческой природы, не можетъ забывать, что возбужденіе раскаянія составляетъ одно изъ желаемыхъ послѣдствій уголовной кары, оправдывая отчасти самое существованіе наказанія. Наконецъ, какъ справедливо замѣчаетъ Росси (глава XXXII), наказывая добровольно оставленное покушеніе, мы, по необходимости, будемъ примѣнять наказаніе къ крайне ограниченному числу случаевъ, такъ какъ при подобныхъ условіяхъ преступная воля не

---

1) Н. Meyer, стр. 214, справедливо указываетъ на существенное различіе этихъ случаевъ—въ первомъ виновный бросилъ жертву въ воду, а затѣмъ бросился самъ и вытащилъ утопающаго, потушилъ учиненный имъ пожаръ; во второмъ—человѣкъ, давшій промахъ изъ ружья, не повторилъ выстрѣла изъ другаго ствола; бросившій въ воду не препятствовалъ брошенному спастись и не столкнулъ его снова.

2) При этомъ надо имѣть въ виду, что чрезъ отказъ уничтожается не покушеніе, ибо бывшее нельзя сдѣлать не бывшимъ, а основаніе наказуемости покушенія; поэтому неправильны возраженія Герцога противъ этой теоріи.

оставляетъ обыкновенно никакихъ внѣшнихъ признаковъ, на основаніи которыхъ можно бы было возбудить уголовное преслѣдованіе [1]).

Эта безнаказанность не можетъ зависѣть отъ мотивовъ остановки, такъ такъ большинство соображеній, говорящихъ въ пользу безнаказанности добровольно оставленнаго покушенія, сохраняетъ свое значеніе и въ тѣхъ случаяхъ, когда причиною остановки былъ страхъ наказанія, даже простой разсчетъ, а съ другой стороны, если для суда весьма часто трудно рѣшить, остановился ли виновный по своей волѣ или по постороннимъ причинамъ, то опредѣленіе самыхъ мотивовъ остановки представляется, за малыми исключеніями, почти невозможнымъ, такъ какъ даже стараніе виновнаго загладить слѣды совершеннаго не свидѣтельствуетъ еще само по себѣ объ его раскаяніи.

Такая безнаказанность добровольно оставленнаго покушенія предполагаетъ, разумѣется, что выполненное покушавшимся само по себѣ не наказуемо; въ противномъ случаѣ, не отвѣчая за покушеніе, онъ будетъ наказанъ за то, что онъ уже сдѣлалъ. Такимъ образомъ, сломавшій замокъ на двери съ тѣмъ, чтобы совершить кражу въ квартирѣ, а затѣмъ отказавшійся отъ своего намѣренія, будетъ тѣмъ не менѣе отвѣчать за поврежденіе чужаго имущества; нанесшій тяжкіе удары, съ цѣлью лишенія жизни, и отказавшійся отъ выполненія задуманнаго, будетъ отвѣчать за побои или раны и т. д. [2]).

Такая наказуемость, конечно, предполагаетъ, что учиненное запрещено закономъ, какъ самостоятельное дѣяніе; если же оно обложено наказаніемъ только какъ покушеніе или приготовленіе, то добровольная остановка устраняетъ возможность примѣненія къ виновному и этихъ постановленій о покушеніи или приготовленіи. Виновный, купившій ядъ, приготовившій отраву, поднесшій ядъ жертвѣ, но затѣмъ по собственному почину прекратившій задуманное, не отвѣчаетъ ни за покушеніе на отравленіе, ни за приготовленіе къ нему.

Но примѣняются ли всѣ эти соображенія къ добровольно недовершенному преступному дѣянію, къ покушенію оконченному? Нельзя не сказать, что многіе криминалисты, защищающіе безнаказанность добровольно оставленнаго покушенія, не распространяютъ этого положенія на данные случаи [3]). Но казалось бы, что можно пріискать и юридическія и политическія соображенія въ пользу безнаказанности, по крайней мѣрѣ, для тѣхъ случаевъ, когда преступникъ не только добровольно не продолжалъ своей дѣятельности, хотя бы это было вполнѣ возможно, но и старался уничтожить послѣдствія совершеннаго, когда, напр., убійца, бросивъ свою жертву въ рѣку, вслѣдъ за тѣмъ

---

1) За юридическія основанія безнаказанности, т. е. уничтоженіе преступности учиненнаго, высказываются: Köstlin, System, стр. 238, Zachariae, Berner; за политическія—преимущественно французскіе криминалисты, какъ, напр., Ortolan, № 991, изъ нѣмецкихъ—Osenbrüggen, Liszt, а изъ русскихъ—въ особенности Чебышевъ-Дмитріевъ, стр. 141. Ср. обзоръ различныхъ мнѣній у Geib, II, стр. 311; Herzog, стр. 147 и сл.

2) Ср. въ особенности итальянское уложеніе, ст. 61.

3) Ср. Köstlin, System, стр. 239; Geib, Lehrbuch, II, стр. 313; Berner, Lehrbuch, § 79; но при оконченномъ покушеніи онъ, однако, допускаетъ возможность воспрепятствованія наступленію результата; въ пользу безнаказанности ср. Herzog, стр. 185.

самъ же вытащилъ ее изъ воды и т. п.; однимъ словомъ, когда онъ проявилъ раскаяніе (thätige Reue).

Положеніе о безнаказанности добровольно оставленнаго покушенія признано всѣми новыми кодексами. Такъ, французское право признаетъ покушеніе наказуемымъ только въ томъ случаѣ, если оно было прекращено или осталось безъ послѣдствій по обстоятельствамъ, не зависѣвшимъ отъ воли виновнаго. То же принимаютъ кодексы бельгійскій (ст. 51) и голландскій (ст. 45). Подробнѣе говоритъ объ этомъ германское уложеніе (§ 46), признавая покушеніе безнаказаннымъ, коль скоро виновный: 1) прекратилъ выполненіе преднамѣреннаго не по обстоятельствамъ, отъ его воли не зависѣвшимъ, и 2) когда онъ собственною дѣятельностью устранилъ наступленіе послѣдствія, необходимаго для окончанія преступленія или проступка, и притомъ до обнаруженія преступной его дѣятельности. Эти постановленія относятся, слѣдовательно, и къ неоконченному, и къ оконченному покушенію, причемъ для безнаказанности перваго достаточно прекращенія дѣятельности виновнаго, его дальнѣйшаго бездѣйствія, а для безнаказанности второго необходима активная дѣятельность, уничтожившая возможность наступленія послѣдствій. То же постановляетъ и кодексъ венгерскій (§ 67) [1]).

Уложеніе 1845 г. въ ст. 113 постановляло: «когда учинившій приготовленіе къ преступленію, или уже и покусившійся на оное остановился при томъ и по собственной волѣ не совершилъ преднамѣреннаго, то онъ подвергается наказанію лишь въ томъ случаѣ, если содѣянное имъ при семъ приготовленіи или покушеніи есть само по себѣ преступленіе, а не за то, которое онъ прежде былъ намѣренъ совершить» [2]).

Изъ этого постановленія видно, что законъ имѣлъ въ виду только остановку по собственному побужденію, безотносительно къ вызвавшимъ ее мотивамъ. При этомъ безнаказанность покушенія не устраняла отвѣтственности за то, что было покушавшимся учинено преступнаго.

Законъ говорилъ вообще о покушеніи, не касаясь вовсе различія покушенія оконченнаго и неоконченнаго; но практика угол. касс. деп. Сената [рѣшенія по дѣламъ: Захарова (68/815), Ивановой (68/102)] разрѣшила этотъ вопросъ въ томъ смыслѣ, что при покушеніи оконченномъ, указанномъ въ ст. 115, добровольная остановка не имѣетъ никакого значенія, такъ что и вопросъ о ней не долженъ быть предлагаемъ присяжнымъ.

Уставъ о наказ. говорилъ общимъ образомъ, что покушеніе на проступокъ, остановленное по собственной волѣ подсудимаго, не подлежитъ наказанію.

Дѣйствующее уголовное уложеніе вноситъ въ самое понятіе покушенія

---

1) Швейцарскій проектъ говоритъ только о безнаказанности добровольно оставленнаго покушенія и въ общей части умалчиваетъ о thätige Reue; причемъ комиссія исправила совершенно неудачную первоначальную редакцію Штооса.

2) Сводъ законовъ признавалъ добровольно оставленнымъ покушеніемъ всѣ случаи, когда виновный остановился по собственному произволу, но считалъ эту остановку только обстоятельствомъ, смягчающимъ отвѣтственность, предоставляя выборъ мѣры наказанія безусловно усмотрѣнію судьи.

то условіе, чтобы преступное дѣяніе не было довершено по обстоятельству, отъ воли виновнаго не зависѣвшему.

Такимъ образомъ, какъ говоритъ объяснительная записка къ проекту, не будетъ наказуемаго покушенія: во-1-хъ, когда виновный остановился и по собственной волѣ не довершилъ умышленнаго, и, во-2-хъ, когда онъ своими усиліями и прежде раскрытія его поступка не допустилъ наступленія тѣхъ преступныхъ результатовъ, которые должны были произойти изъ его поступка и которые отнесены къ законному составу преступленія . . . . . При этомъ, конечно, въ обоихъ случаяхъ покушенія, не наказуемаго по добровольному его прекращенію, предполагается, что то, что виновный уже сдѣлалъ, не составляетъ самостоятельнаго преступнаго дѣянія. Въ уложеніи 1845 г. это послѣднее условіе было прямо выражено въ законѣ; но редакціонная комиссія полагала такое особое указаніе излишнимъ, такъ какъ это положеніе раскрывается изъ самаго опредѣленія покушенія. Что касается устраненія наступающаго послѣдствія, то дѣйствующее уложеніе въ общей части вовсе не упоминаетъ объ этомъ, но нерѣдко указываетъ на такую дѣятельность, какъ на причину ненаказуемости или смягченія отвѣтственности въ особенной части, напр., при неосторожномъ общеопасномъ поврежденіи, присвоеніи, воровствѣ, мошенничествѣ.

169. Другія основанія недовершенія задуманнаго заключаются въ условіяхъ преступной дѣятельности, и, прежде всего, въ негодности выбранныхъ средствъ, причемъ нельзя не прибавить, что собственно это условіе можетъ относиться не только къ покушенію, но и къ тѣмъ дѣйствіямъ, которыми виновный только подготовляетъ выполненіе, когда онъ пріискалъ или приготовилъ средства негодныя, и, наконецъ, къ тѣмъ случаямъ, когда онъ сдѣлалъ все, что предполагалъ, но задуманное не удалось именно потому, что средства были негодны.

Конечно, вопросъ о томъ, можно ли наказывать человѣка, пытавшагося выстрѣлить изъ незаряженнаго ружья или поднесшаго, вмѣсто отравы, сахарную воду, издавна занималъ криминалистовъ и указаніе на него мы встрѣчаемъ у писателей XVI и XVII столѣтія; но они затрогивали его случайно почти исключительно по отношенію къ убійству. Обобщеніе этихъ случаевъ было впервые сдѣлано Фейербахомъ, считающимся родоначальникомъ всего этого вѣчно спорнаго вопроса.

Фейербахъ въ четвертомъ изданіи своего учебника, имѣя, очевидно, въ виду извѣстное въ то время дѣло баварскаго пастора Riembauer'a, поставилъ вопросъ о томъ: можно ли признать виновнымъ въ покушеніи на убійство человѣка, ходившаго на богомолье съ цѣлью замолить до смерти своего врага?

Съ тѣхъ поръ, злосчастный баварецъ сдѣлался пробнымъ камнемъ самыхъ разнообразныхъ попытокъ и взглядовъ, такъ что литература вопроса о покушеніи съ негодными средствами, въ особенности въ Германіи, оказа-

лась невѣроятно многочисленною и самое ученіе признано источникомъ нескончаемыхъ контроверсъ [1]).

Конечно, подробный разборъ всѣхъ этихъ попытокъ былъ бы излишенъ; но, казалось бы, не безполезно познакомиться съ важнѣйшими изъ нихъ, въ особенности съ тѣми, которыя остались не безъ вліянія на законодательства и практику [2]).

Всѣ попытки могутъ быть сведены къ тремъ основнымъ типамъ: 1) попытки чисто объективныя, отрицающія наказуемость такого рода покушенія; 2) попытки субъективныя, признающія полную наказуемость всѣхъ случаевъ, и 3) попытки смѣшанныя, пытающіяся различать два вида таковаго покушенія—наказуемый и ненаказуемый.

Представителемъ перваго направленія является прародитель вопроса, Фейербахъ, утверждавшій, что признаніе въ этихъ случаяхъ наказуемости повело бы къ смѣшенію права и нравственности. Покушеніе, говоритъ онъ (Lehrbuch, § 42), тогда только наказуемо, когда само дѣяніе, по своимъ внѣшнимъ свойствамъ, находится въ причинной связи съ преднамѣреннымъ преступленіемъ, когда оно объективно опасно, такъ какъ иначе, наказывая дачу мнимаго яда или покушеніе на убійство трупа, мы смѣшаемъ область нравственности съ правомъ, начало карательное съ принципами полиціи. Сходное положеніе ставитъ другой представитель этого воззрѣнія, Росси (глава XXX): идея начала исполненія, говоритъ онъ, предполагаетъ возможность достиженія цѣли, а этого не существуетъ, когда думаютъ достичь возможной цѣли невозможными средствами [3]).

Но это ученіе, съ одной стороны, оставляетъ недоказаннымъ, что понятіе покушенія предполагаетъ учиненіе дѣянія, находящагося въ причинной связи съ послѣдствіемъ, а съ другой, практически приводитъ къ отрицанію наказуемости какого бы то ни было покушенія, остановленнаго не по волѣ виновнаго, такъ какъ самая остановка уже указываетъ, что существовало нѣчто, благодаря чему, при данныхъ условіяхъ, предпринятая попытка не могла привести къ желаемому результату, была негодна.

Иначе отнеслись къ вопросу, конечно, теоріи субъективныя, видѣвшія въ покушеніи такую дѣятельность, которая съ очевидностью дозволяла распознать преступную волю, такъ какъ въ этомъ отношеніи несомнѣнно, что негодность употребленныхъ средствъ не

---

1) Ср. литературныя указанія въ моемъ курсѣ, II, № 342, прим. 243; изъ приведенныхъ тамъ спеціальныхъ монографій можно указать: Pfotenhauer, Der Einfluss des factischen Irrthums auf die Strafbarkeit versuchten Verbrechen, 1838; М. Рудинскій, О покушеніи съ негодными средствами и надъ негоднымъ объектомъ по взглядамъ теоріи и по русскому праву, въ Юрид. Вѣстн. 1877 г.; Rubo, Ueber den Versuch mit untauglichen Mitteln, oder an untauglichen Objecten, въ G. за 1865 г.; Hertz, Ueber den Versuch mit untauglichen Mitteln, 1874 г.; онъ, между прочимъ, замѣчаетъ, что нѣмецкая литература по этому вопросу стала почти необозрима; H. Lammasch, Das Moment objectiver Gefährlichkeit im Begriffe des Verbrechensversuches, 1879 г.; Goldfeld, Ueber den Versuch mit untauglichen Mitteln und an untauglichen Objecten, 1882 г.; Geyer, Ueber die sog. untauglichen Versuchshandlungen въ L. Z. за 1881 г.; эта статья посвящена главнымъ образомъ разбору практики германскаго Reichsgericht'a; Buri, Versuch und Kausalität, въ G. 1880 г. и его же Ueber die seg. untauglichen Versuchshandlungen въ L. Z. за 1881 г., послѣдняя статья отвѣтъ Гейеру; Rosenberg, Ueber dio Strafbarkeit des untauglichen Versuchs, L. Z. XX, стр. 685. Подробный обзоръ этого ученія у Baumgarten'a, стр. 233 и сл.; Saleilles, Essai sur la tentative et plus particulièrement, sur la tentative irréalisable, 1897.

2) Geib, II, стр. 306, различаетъ 7 группъ теорій, а Rubo въ G.—пять. Ср. болѣе подробный разборъ отдѣльныхъ ученій въ моемъ курсѣ, II, стр. 216—225; ср. также Колоколовъ, стр. 146—179; Hälschner, § 146.

3) За Росси слѣдуетъ большинство французскихъ криминалистовъ, какъ, напр., Trébutien, Blanche, Le Sellyer, Laborde и др. Насколько господствуетъ это воззрѣніе во Франціи, видно изъ того, что въ краткихъ учебникахъ, какъ Dieudonné, Répétitions; Richard-Maisonneuve, Exposé, положеніе о безнаказанности покушенія надъ негоднымъ объектомъ и съ негодными средствами приводится какъ безспорное. Изъ нѣмецкихъ криминалистовъ за такое воззрѣніе высказываются Hepp, Heffter, Rosshirt.

можетъ ни въ чемъ измѣнить понятія о покушеніи и его наказуемости, причемъ, будучи послѣдовательными, сторонники этого воззрѣнія должны были примѣнять это положеніе и къ покушенію съ средствами, выбранными только по невѣжеству и суевѣрію: изъ дѣйствія лица, подносящаго другому наколдованную воду, при извѣстныхъ условіяхъ, можно такъ же заключить о наличности намѣренія убить, какъ изъ факта взлома или взлѣза о намѣреніи украсть. Впрочемъ, нельзя не прибавить, что большинство сторонниковъ этого направленія, хотя и въ ущербъ послѣдовательности, не дѣлали такихъ выводовъ, несомнѣнно указывающихъ на практическую непригодность основнаго начала и на невозможность совершенно игнорировать при покушеніи объективное значеніе дѣятельности [1]).

Наиболѣе распространенными являются теоріи посредствующія, а въ особенности теорія различія средствъ абсолютно и относительно негодныхъ [2]), понимающая подъ первыми тѣ средства, которыя ни при какихъ условіяхъ не могутъ привести къ желаемому результату, которыя, такъ сказать, негодны по своему существу, а подъ вторыми тѣ, которыя оказались негодными только благодаря особеннымъ условіямъ даннаго случая. Попытка дѣйствовать съ абсолютно негодными средствами, напр., попытка выстрѣлить изъ незаряженнаго ружья, отравить наколдованною водою и т. д., признается по этой теоріи не наказуемою, а попытка съ относительно негодными средствами, напр., попытка влѣзть для учиненія кражи въ окно по лѣстницѣ, которая оказалась коротка, или отпереть замокъ плохо подобраннымъ ключомъ—наказуемою.

Но имѣетъ ли твердыя основанія самое различіе абсолютно и относительно негодныхъ средствъ? Съ одной стороны, много ли средствъ мы можемъ назвать абсолютно негодными? Въ большинствѣ изслѣдованій, напр., признается абсолютно негоднымъ средствомъ отравленія дача сахара, но любой медикъ возразитъ на это, что существуютъ такія болѣзненныя состоянія организма, при которыхъ введеніе въ организмъ даже незначительной дозы сахара можетъ причинить разстройство здоровья и самую смерть; даже пресловутый примѣръ дачи нашептаннаго питья не имѣетъ рѣшающаго значенія, такъ какъ несомнѣнно, что на натуру нервную и такой способъ можетъ оказать вредное дѣйствіе. Съ другой стороны, что такое недостаточное средство? Самый сильный ядъ, данный въ ничтожной дозѣ или въ такомъ составѣ, который лишаетъ его вредоносности, есть такое же абсолютно негодное средство, какъ сахаръ или магнезія; лѣстница въ два аршина есть несомнѣнно абсолютно негодное средство для того, чтобы влѣзть въ окно, отстоящее отъ земли на двѣ сажени [3]).

Вмѣстѣ съ тѣмъ нельзя не прибавить, что по этой теоріи приходится приравнивать по наказуемости случаи весьма разнородные, такъ какъ, по этому воззрѣнію, поступокъ лица, поставившаго на рельсахъ крестъ, съ цѣлью причинить крушеніе желѣзнодорожнаго поѣзда, двигаемаго, по убѣжденію этого лица, нечистою силою, оказывается юридически

---

1) Такъ, Tittmann въ Handbuch, 1805, затѣмъ Грольманъ и Бауеръ, стр. 337; послѣдній находитъ, что подобныя дѣйствія не пригодны для распознаваемости воли, но доказательствъ этого положенія не представляетъ. Кестлинъ въ своей System (стр. 228,—а въ Neue Revision онъ признаетъ всѣ эти случаи наказуемыми) замѣчаетъ, что здѣсь будетъ дѣяніе безнравственное, но не преступное, такъ что такое покушеніе составляетъ delictum putativum. Гешъ въ своемъ Versuche, стр. 333, спеціально по отношенію къ фейербаховскому баварцу, признавалъ учиненное имъ не наказуемымъ, такъ какъ иначе пришлось бы признать физическимъ виновникомъ божество и т. д. Изъ нѣмецкихъ сторонниковъ этого воззрѣнія можно назвать—Jarcke, Luden, Jancka, Pfotenhauer, Lammasch, Seuffert, а наиболѣе послѣдовательнымъ—Бури, въ его многочисленныхъ монографіяхъ;—изъ нашихъ криминалистовъ—С. Баршева, Ратовскаго, Орлова; этотъ послѣдній признаетъ баварца не наказуемымъ, потому что даже въ предположеніяхъ его не существуетъ причинной связи; Колоколовъ, стр. 231, при обвиненіи въ покушеніи съ суевѣрными средствами допускаетъ презумпцію невиѣняемости, а потому каждый разъ предлагаетъ ставить о семъ особый вопросъ; за это же мнѣніе высказывается Prins.

2) Первоначально это воззрѣніе было установлено Миттермайеромъ въ Archiv, 1816 г., стр. 194; къ этому воззрѣнію примыкаютъ—Zachariae, Chop, Berner, § 77, Schütze, H. Meyer, стр. 210; а изъ французскихъ—Ortolan, Haus. Ср. болѣе подробное указаніе на сторонниковъ этого воззрѣнія у Geib, II, стр. 310; обстоятельный разборъ этого воззрѣнія у Hälschner, стр. 349.

3) Ср. у Baumgarten, в. с., стр. 251.

тождественнымъ съ дѣйствіемъ лица, бросившагося на своего врага съ пистолетомъ въ рукахъ, не замѣчая, что имъ взятъ вмѣсто приготовленнаго заряженнаго пистолета—не заряженный. Если виновный захваченъ въ тотъ моментъ, когда, поваливъ свою жертву на землю, онъ пытался влить ей въ ротъ приготовленную отраву, а затѣмъ оказалось, что онъ въ моментъ нападенія перемѣшалъ стаканы и пытался влить простую воду, то очевидно, что въ его дѣйствіяхъ не только имѣется начало осуществленія, но въ его волѣ и дѣйствіяхъ заключаются всѣ данныя, оправдывающія наказуемость виновнаго, какъ учинившаго дѣйствія, несомнѣнно опасныя для правопорядка [1]).

На иную почву становится другая посредствующая теорія, начала которой можно найти еще у Кестлина, положенная, между прочимъ, и въ основаніе нашего дѣйствующаго права. Границы наказуемаго и ненаказуемаго покушенія, говоритъ она, нужно искать прежде всего не въ свойствахъ средствъ, такъ какъ средства во всѣхъ такихъ случаяхъ оказываются негодными для выполненія задуманнаго, а въ самыхъ основаніяхъ ихъ выбора. Такія основанія могутъ быть двояки: или виновный прибѣгъ къ такимъ средствамъ случайно, когда безвредный характеръ его дѣятельности зависѣлъ отъ обстоятельствъ, внѣ его воли и усмотрѣнія лежащихъ, или же эти средства были выбраны имъ самимъ.

Въ первомъ случаѣ, когда выборъ негодныхъ средствъ обусловливался случайностью, эта негодность не имѣетъ никакого значенія, и виновный подлежитъ наказанію за учиненное имъ покушеніе, и притомъ безразлично, проявилась ли эта негодность въ моментъ выполненія дѣянія, когда виновный случайно схватилъ не заряженный пистолетъ вмѣсто заряженнаго, или же въ моментъ подготовительныхъ дѣйствій, когда виновный влилъ въ питье предполагаемый ядъ изъ такой склянки, въ которой онъ не находился [2]). Такая дѣятельность, по этому взгляду, заключаетъ въ себѣ всѣ элементы наказуемаго дѣянія: со стороны объективной это дѣйствіе представляетъ начало воспроизведенія законнаго состава, а со стороны субъективной—въ немъ обнаруживается реальная злая воля, а потому не усматривается и основаній признавать такое покушеніе не наказуемымъ.

Но если средства, оказавшіяся негодными, были сознательно выбраны виновнымъ, такъ что онъ дѣйствовалъ на основаніи неудачно составленнаго плана, то можетъ ли онъ быть наказанъ за свою попытку? На это существуетъ двоякій отвѣтъ.

Одна группа писателей, представителемъ которой можетъ быть названъ Баръ [3]), отрицаетъ наказуемость всѣхъ тѣхъ случаевъ этого рода, гдѣ выборъ данныхъ средствъ противорѣчилъ общепризнанной логикѣ и общему здравому смыслу. Сущность преступнаго умысла, говоритъ Баръ, заключается не только въ установленіи опредѣленнаго пути или цѣли дѣятельности, но и въ выборѣ средствъ и способовъ дѣйствія, пригодныхъ для достиженія задуманнаго, согласно съ общими указаніями жизненнаго опыта и здраваго человѣческаго смысла; этою цѣлесообразностью предположенной дѣятельности и отличается реальная, а потому и преступная злая воля, отъ фантастическихъ, хотя бы и безнравственныхъ плановъ. Поэтому попытка дѣйствовать такими средствами, которыя, при предполагаемыхъ условіяхъ, по законамъ природы и логики, не могутъ вести къ желаемому результату, не можетъ разсматриваться, какъ осуществленіе дѣйствительно преступной воли, и не можетъ почитаться наказуемымъ покушеніемъ.

Такимъ образомъ, по этому взгляду, ошибка въ выборѣ средствъ оцѣнивается по объективному масштабу, ставится въ соотношеніе съ излюбленнымъ Баромъ понятіемъ «правилъ жизни» (Regeln des Lebens), но и здѣсь этотъ принципъ оказывается неустойчи-

---

1) Оригинальную, хотя, на мой взглядъ, совершенно несостоятельную попытку дѣлаетъ Чебышевъ-Дмитріевъ, предлагая различать покушеніе съ преступными и непреступными средствами, и допуская ненаказуемость покушенія только въ послѣднихъ случаяхъ. Я не дѣлаю болѣе подробнаго изложенія и разбора его взгляда, такъ какъ основанія всего этого ученія были разсмотрѣны выше, въ отдѣлѣ о средствахъ и способахъ учиненія преступнаго дѣйствія.

2) Поэтому нельзя согласиться съ теоріею Geyer, Ueber die Strafbarkeit untauglicher Versuchs-Handlungen въ G. за 1866 г., который пытался различать наказуемое и не наказуемое покушеніе по тому, прибѣгъ ли дѣйствующій къ негодному средству съ самаго начала своей дѣятельности (не наказуемое покушеніе) или эта дѣятельность стала негодною впослѣдствіи (наказуемое покушеніе).

3) Zur Lehre vom Versuch, §§ 6—9; Klee, в. с.

вымъ. Представимъ себѣ, что рѣчь идетъ объ оцѣнкѣ негодныхъ средствъ, выбранныхъ виновнымъ для отравленія; по теоріи Бара мы должны рѣшить вопросъ о томъ, какъ смотритъ на это средство здравый смыслъ, но чей: массы народа или спеціалистовъ медиковъ или юристовъ? Какъ поступать въ тѣхъ случаяхъ, когда и спеціалисты не могутъ дать опредѣленнаго отвѣта на то, произведетъ ли данное средство при данныхъ обстоятельствахъ желаемый результатъ? Да и самое положеніе, что всякое дѣйствіе, не соотвѣтствующее требованіямъ логики, должно быть признано ненаказуемымъ, бездоказательно.

Воръ, рѣшившійся обокрасть кассу банкирской конторы, тщательно обдумалъ, какъ проникнуть въ контору, снабдился орудіями для вскрытія, приступилъ къ таковому, но не сообразилъ, что усовершенствованная желѣзная касса для вскрытія требуетъ инструментовъ особаго рода, а потому его попытка и не увѣнчалась успѣхомъ: можно ли его признать не наказуемымъ?

Гораздо уже смотрятъ на условія безнаказанности покушенія съ негодными средствами представители другаго оттѣнка той же группы [1]), которые признаютъ безнаказанность въ томъ случаѣ, когда выборъ средствъ объясняется только крайнимъ невѣжествомъ виновнаго, благодаря чему воля его утрачиваетъ опасный характеръ. Къ числу такихъ не наказуемыхъ попытокъ должна быть, конечно, отнесена и дѣятельность при помощи, такъ называемыхъ, суевѣрныхъ средствъ. Конечно, съ объективной стороны, и эта дѣятельность можетъ заключать въ себѣ начало воспроизведенія законнаго состава преступнаго дѣянія; но, со стороны субъективной, воля, проявленная виновнымъ, не представляется опасною для общества. Самое рѣшеніе вопроса о томъ, объясняется ли выборъ извѣстныхъ средствъ крайнимъ невѣжествомъ или суевѣріемъ лица, можетъ быть сдѣлано не a priori, а только при разсмотрѣніи судомъ каждаго отдѣльнаго акта.

Разнорѣчіе взглядовъ, проявившееся въ доктринѣ, должно было отразиться и на законодательствахъ, и на судебной практикѣ.

Французскій кодексъ не содержитъ никакихъ постановленій объ этомъ предметѣ; французскій кассаціонный судъ (рѣш.: 1876 г. 4 Ноября и 1877 г. Апрѣля 12) принялъ теорію абсолютно и относительно негодныхъ средствъ; большинство комментаторовъ [2]) признаютъ покушеніе съ негодными средствами не наказуемымъ. Также умалчиваютъ объ этомъ кодексы бельгійскій, голландскій и итальянскій [3]).

Партикулярные нѣмецкіе кодексы содержали подробныя и весьма запутанныя постановленія по этому предмету [4]); но германскій кодексъ, по примѣру прусскаго, не ввелъ никакого постановленія и практика нѣмецкая до введенія новаго судоустройства представляла полнѣйшее разнообразіе въ его рѣшеніи [5]). Наконецъ, Reichsgericht, рѣшеніемъ общаго собранія его отдѣленій, 24 Мая 1880 г., призналъ, что негодность средствъ безу-

---

1) Къ такому выводу приходятъ: Вальтеръ, Гельшнеръ; къ нему же въ концѣ концовъ приходятъ и многіе изъ сторонниковъ чисто субъективнаго воззрѣнія какъ Бауеръ, Кестлинъ. Изъ нашихъ криминалистовъ наиболѣе обстоятельно защищаетъ это воззрѣніе А. Кистяковскій, §§ 296—300; но онъ полагаетъ, что покушеніе съ негодными средствами, выбранными случайно, хотя и должно быть наказуемо, но ниже, чѣмъ обыкновенное покушеніе. Къ этому же выводу приходитъ В. Спасовичъ, стр. 137.

2) Ср. Blanche, Etudes, I, № 8; Dalloz, Code pénal, art. 2, № 105. Ср. также указанія въ моемъ курсѣ, II, № 348, пр. 262; нѣкоторые новѣйшіе французскіе криминалисты, какъ Garraud, № 182; Lainé, № 172, допускаютъ отступленія отъ установившагося взгляда; такъ, Гарро считаетъ покушеніе невозможнымъ и, слѣдовательно, не наказуемымъ только тогда, когда употребленныя средства были таковы, что ими никто и никогда не могъ выполнить даннаго преступленія. Указанія на французскую литературу у Гарро, стр. 301 прим. 34; на практику французскихъ судовъ у Molinier, стр. 79—90.

3) Также умалчиваетъ объ этомъ и проектъ швейцарскаго уложенія Штооса, но комиссія (§ 17) признала негодность средствъ и объекта основаніемъ смягченія наказанія.

4) Переводъ текста этихъ кодексовъ у Орлова, стр. 152 и сл.

5) Такъ, оберъ-трибуналы берлинскій и мюнхенскій признавали всѣ эти случаи наказуемыми, а вюртембергскій—не наказуемыми. Ср. Rubo, Commentar, § 43 № 3.

словно не вліяетъ на наказуемость, какова бы ни была степень ихъ негодности и какова бы ни была причина ошибки [1]).

Сводъ законовъ вовсе не упоминалъ объ этомъ вопросѣ [2]); точно также и уложеніе 1845 г. не затронуло его ни въ текстѣ, ни въ мотивахъ, а наша судебная практика представила въ этомъ отношеніи значительныя колебанія [3]), какъ это можно видѣть изъ слѣдующихъ примѣровъ.

По дѣлу крестьянки Лодыгиной [4]), обвинявшейся въ покушеніи отравить мужа квасцами, первое общее собраніе петербургскихъ департаментовъ Прав. Сената, въ рѣшеніи отъ 8 Іюня 1849 г., нашло, что такъ какъ покушеніе на преступленіе заключаетъ въ себѣ начало или часть предположеннаго зла, то само собою разумѣется, что покушеніемъ на преступленіе должны быть почитаемы только тѣ дѣйствія, послѣдствіемъ коихъ было бы самое совершеніе преступленія, а изъ этого слѣдуетъ, что дѣйствіе, которое не только не произвело, но и не могло произвести преднамѣреннаго зла, по несообразности употребленныхъ средствъ съ умысломъ, должно быть признаваемо не покушеніемъ, а приготовленіемъ [5]).

Напротивъ того, въ 1859 г. московское общее собраніе Правительствующаго Сената, по дѣлу крестьянки Романовой, пытавшейся отравить мужа нашатыремъ, не принадлежащимъ, по заключенію врачебной управы, къ ядамъ, признало подсудимую виновною не въ приготовленіи, а въ покушеніи оконченномъ [6]).

Наконецъ, въ томъ же 1859 г., Государственный Совѣтъ, по дѣлу Екатерины Бейгуль [7]), пытавшейся отравить своего отца опіумомъ, даннымъ въ такомъ незначительномъ количествѣ, что онъ, по отзыву врачебной управы, не могъ имѣть вреднаго дѣйствія, призналъ ее виновною въ покушеніи, но неоконченномъ.

Всѣ эти недоразумѣнія были устранены прямымъ указаніемъ закона 9 Марта 1864 г., вошедшемъ въ ст. 115 уложенія изд. 1866 г.

На основаніи текста ст. 115 (изд. 1885 г.), покушеніе признавалось оконченнымъ и въ томъ случаѣ, когда предположенное зло не воспослѣдовало только по безвредности употребленныхъ средствъ; но въ примѣчаніи къ этой статьѣ было прибавлено: «если при покушеніи подсудимымъ, по крайнему невѣжеству или суевѣрію, были употреблены средства, вполнѣ и очевидно недѣйствительныя для совершенія преступленія, какъ-то: нашептыванія, наговоры, заклинанія и т. п., то онъ подвергается наказанію, какъ за преступный умыселъ, по ст. 111 уложенія».

Такимъ образомъ, этотъ законъ примкнулъ всецѣло къ послѣдней изъ разобранныхъ

---

1) Entsch. I, № 204. Разборъ этого рѣшенія въ статьѣ Geyer'a, L. Z. I; Zimmermann въ G. за 1881 г. доказываетъ неприменимость этого толкованія къ случаямъ приготовленія негодныхъ средствъ; указанія на другіе примѣры изъ его практики у Листа стр. 191 пр. 1. Подробныя возраженія противъ практики рейхсгерихта приведены въ статьѣ Розенберга; онъ указываетъ, что суды и послѣ этого рѣшенія высказываются за ненаказуемость этого вида покушенія.

2) Наши старые криминалисты—Нейманъ, Цвѣтковъ, Гуляевъ также вовсе не упоминали объ этомъ вопросѣ.

3) См. подробное изложеніе этой практики въ моемъ курсѣ, II, № 349 и сл.

4) Сборникъ рѣшеній Правит. Сен., т. 2, ч. 4, № 1155.

5) Такъ же были разрѣшены въ томъ же общемъ собраніи дѣла: Кулешовой, обвинявшейся въ покушеніи отравить мужа порошкомъ сухой змѣи; Васильевой, пытавшейся отравить своихъ господъ неизвѣстнымъ веществомъ, въ которомъ, однако, яду не оказалось. Ср. журн. мин. юстиц. 1865 г., № 12.

6) Дѣло бывшаго II-го отдѣленія Собственной Его Императорскаго Величества канцеляріи 1859 г., № 86. При разсмотрѣніи этого дѣла на консультаціи мин. юстиціи, было спрошено заключеніе главноуправляющаго II-мъ отдѣленіемъ, графа Блудова, который не только вполнѣ согласился со взглядами московскихъ департаментовъ Сената, но и выразилъ ту мысль, что по ясному смыслу нашего закона для покушенія безразлично, какія средства были выбраны виновнымъ, хотя бы онъ прибѣгъ и къ суевѣрнымъ.

7) Журн. мин. юстиціи 1865 г., № 12. Еще позднѣе, въ 1862 г., по дѣлу Бзюля, разсматривавшемуся на консультаціи мин. юстиціи и бывшему непосредственнымъ поводомъ закона 9 Марта 1864 г., министръ юстиціи снова призналъ, что эти случаи составляютъ оконченное покушеніе.

выше теорій и призналъ покушеніе не наказуемымъ только въ томъ случаѣ, когда негодныя средства были именно выбраны виновнымъ по его крайнему невѣжеству или суевѣрію.

При этомъ, для примѣненія примѣчанія къ ст. 115 безразлично, было ли покушеніе еще не окончено, или виновный уже сдѣлалъ все, что считалъ нужнымъ, и зло не воспослѣдовало только благодаря негодности средствъ.

Но особое указаніе закона на то, что въ этихъ случаяхъ виновный отвѣчаетъ за злой умыселъ, представляясь неудачнымъ. Конечно, въ подобныхъ случаяхъ проявляется злой умыселъ; но можно ли признать такое проявленіе наказуемымъ? Можно ли было, напр., примѣнить уголовное наказаніе, и притомъ самое тяжкое, къ человѣку, который колдовалъ на жизнь Государя или членовъ царствующаго дома?

Дѣйствующее уложеніе также вноситъ въ текстъ закона особое постановленіе по данному вопросу, совершенно аналогичное съ ст. 115, говоря: покушеніе учинить преступное дѣяніе очевидно негоднымъ средствомъ, выбраннымъ по крайнему невѣжеству или суевѣрію дѣйствовавшаго, не наказуемо. Въ подобныхъ случаяхъ, какъ замѣчаетъ объяснительная записка, можно говорить о преступныхъ помыслахъ, пожеланіяхъ, но не объ опасной для общества волѣ.

170. Другимъ объективнымъ условіемъ, препятствующимъ довершенію преступнаго замысла, является непригодность объекта, дающая содержаніе ученію о покушеніи надъ негоднымъ объектомъ [1]).

Но представляетъ ли этотъ вопросъ самостоятельное значеніе, или же къ нему должны быть вполнѣ примѣнимы только что приведенныя положенія относительно покушенія съ негодными средствами? Дѣйствительно, несомнѣнно существуютъ такіе случаи, въ коихъ мы съ трудомъ можемъ сказать, что создало непригодность данной дѣятельности — средства или объектъ. Если кто-либо стрѣлялъ изъ монте-кристо въ человѣка, одѣтаго въ хорошую дубленку, или и изъ большаго пистолета, но въ человѣка, на которомъ панцырная сѣтка, то что мы имѣемъ въ данномъ случаѣ: негодность средствъ или объекта? Такое же затрудненіе представитъ, напр., разрѣшеніе этого вопроса въ случаѣ дачи мышьяка въ дозѣ, оказавшейся недѣйствительною только потому, что жертва постоянно употребляла мышьякъ и т. д. Въ виду этого, весьма многіе криминалисты и даже новѣйшіе, какъ, напр., въ Германіи—Листъ, Г. Мейеръ [2]), безусловно отождествляютъ оба ученія; но такая постановка вопроса, по моему мнѣнію, вызываетъ нѣкоторыя возраженія [3]).

Съ одной стороны, средства дѣйствія, за немногими исключительными случаями, не имѣютъ значенія для состава преступнаго дѣянія; напротивъ того, объектъ, его юридическія и физическія свойства, обусловливаютъ не только квалификацію дѣянія, но и самое его юридическое бытіе. Съ другой стороны, негодность средствъ исключаетъ возможность довершенія задуманнаго, а негодность объекта можетъ устранять преступность содѣяннаго даже и въ томъ случаѣ, когда виновнымъ воспроизведенъ весь законный составъ преступнаго

---

1) Литература та же, что и по предшествующему вопросу. Ср. мой курсъ, II, № 351 и сл.; Kroschel, Das Versuch am untauglichen Object, G. XLIII, стр. 216.

2) См. обзоръ различныхъ мнѣній у Geib, Lehrbuch, II, стр. 307.

3) Различіе этихъ ученій защищаетъ Bar, Versuch, стр. 8—25, Klee, в. с.

дѣянія. Въ силу этого обстоятельства, данное ученіе тѣсно соприкасается съ понятіемъ мнимаго преступнаго дѣянія, т. е. съ разобранными выше случаями посягательства на несуществующую норму или на несуществующее субъективное право.

Оба признака представляются настолько существенными, что примѣненіе приведенныхъ выше положеній относительно наказуемости покушенія съ негодными средствами къ разбираемому вопросу приведетъ къ практически несостоятельнымъ результатамъ. Такъ, признавая всѣ случаи покушенія на негодный объектъ наказуемыми [1]), мы должны будемъ признать, напр., наказуемою попытку оскорбить въ печати какое-либо не существующее общество, а признавая всѣ эти посягательства не наказуемыми, мы должны будемъ освободить отъ отвѣтственности вора, залѣзшаго въ карманъ, какъ скоро въ карманѣ не оказалось ни бумажника, ни какой-либо иной вещи. Поэтому мы должны обратиться къ самостоятельному разсмотрѣнію случаевъ этого рода.

Простѣйшіе случаи даннаго рода представитъ посягательство на несуществующій предметъ. Если объектъ посягательства не существуетъ физически, то очевидно, что и всякая попытка посягнуть на него будетъ мнимою: она заключаетъ въ себѣ голую злую волю, но не имѣетъ свойствъ преступнаго дѣянія, тѣмъ болѣе, что въ большинствѣ случаевъ и самое покушеніе при подобныхъ условіяхъ бываетъ невозможно, по крайней мѣрѣ, въ тѣхъ дѣяніяхъ, которыя предполагаютъ непосредственное воздѣйствіе субъекта на объектъ. Поэтому, нельзя наказывать покушеніе на поджогъ несуществующаго дома, на поддѣлку акцій несуществующаго общества, попытку оклеветанія несуществующаго лица и т. д.; къ этой же группѣ, по моему мнѣнію, слѣдуетъ отнести выстрѣлъ, сдѣланный съ цѣлью лишить жизни, въ оказавшагося мертвымъ, посягательство на вытравленіе плода у небеременной женщины; такъ какъ въ первомъ случаѣ объектомъ является не тѣло человѣка, а жизнь, а во второмъ—не женщина, а зародышъ.

Но, какъ мы видѣли, право не всегда охраняетъ всякое конкретно существующее благо или интересъ; очень часто для такой охраны требуется, чтобы этотъ предметъ имѣлъ извѣстныя юридическія свойства, при наличности коихъ онъ только и становится правоохраненнымъ интересомъ; безъ этого условія, этотъ интересъ будетъ существовать физически, а не юридически, а потому и посягательство на него должно разсматриваться какъ покушеніе на несуществующій объектъ. Если кто-либо пытался украсть чужую вещь, а въ дѣйствительности посягнулъ на собственное имущество, то его попытка не можетъ считаться преступною [2]).

Такимъ образомъ, покушеніе на объектъ, не существующій физически

---

1) Такую теорію защищаетъ Колоколовъ, стр. 232, основываясь на такомъ аргументѣ: «очевидно само собою, что негодность предмета, надъ которымъ выполнена преступная дѣятельность, отнюдь не лишаетъ насъ права признавать виновнаго *несомнѣнно способнымъ* на нарушеніе правоваго порядка и констатировать, такимъ образомъ, серьезную опасность, угрожающую отъ него обществу».

2) Конечно, если условіе, отсутствовавшее въ объектѣ, вліяло не на преступность, а на наказуемость, на подсудность, на порядокъ преслѣдованія, то покушеніе остается наказуемымъ, но только сообразно измѣняется мѣра отвѣтственности, порядокъ преслѣдованія и т. д.

или юридически, будетъ мнимо преступнымъ, но могутъ ли быть случаи посягательства на существующій объектъ, который бы, однако, оказался негоднымъ для выполненія задуманнаго? Я полагаю, что отвѣтъ долженъ быть отрицательный.

Живой человѣкъ есть всегда годный объектъ убійства, были бы только выбраны надлежащія средства дѣйствія и посягательство было бы учинено; чужая вещь есть безусловно годный объектъ кражи или истребленія и т. д.

Когда господствующая доктрина говоритъ о различіи абсолютно и относительно негодныхъ объектовъ, признавая покушеніе надъ послѣдними наказуемымъ, то въ дѣйствительности всѣ примѣры абсолютной негодности относятся къ несуществующимъ объектамъ, а относительной—къ недостаточности употребленныхъ средствъ.

Иначе, конечно, ставится вопросъ, когда, говоря о покушеніи на существующій объектъ, выдѣляютъ случаи посягательства на объектъ, находившійся не въ томъ мѣстѣ или положеніи, какъ предполагалъ виновный, если притомъ это обстоятельство было причиною неудачи задуманнаго. По моему мнѣнію, и въ этихъ случаяхъ нельзя говорить о годности или негодности объекта, который несомнѣнно годенъ, а нужно рѣшить другое положеніе: есть ли въ данномъ случаѣ общіе признаки покушенія или нѣтъ, а это, какъ было указано ранѣе, будетъ зависѣть отъ конкретной обстановки отдѣльныхъ преступныхъ дѣяній, отъ ихъ состава, отъ способа дѣйствія [1]). На этомъ основаніи, нельзя говорить о покушеніи на изнасилованіе лица, находившагося въ моментъ дѣйствія въ другомъ городѣ или домѣ, потому что покушеніе въ этомъ случаѣ предполагаетъ начало физическаго насилія надъ жертвою, чего въ дѣйствительности не было; но лицо, стрѣлявшее въ комнату, гдѣ находилась жертва, однако, не въ томъ направленіи, въ какомъ она стояла, или запустившее, ради кражи, руку въ сундукъ, въ коемъ предполагаемой вещи не оказалось, должно быть наказано по общимъ правиламъ за покушеніе.

Изъ новыхъ западно-европейскихъ кодексовъ ни одинъ не содержитъ по данному вопросу никакихъ особыхъ постановленій, предоставляя его разрѣшеніе судебной практикѣ, причемъ послѣдняя, такъ же, какъ и доктрина, представляетъ полнѣйшее разногласіе.

Практика французская первоначально защищала начало полной безнаказанности всѣхъ случаевъ покушенія надъ негоднымъ объектомъ; но за послѣднее время французскій кассаціонный судъ допустилъ изъ этого начала исключенія. Такъ, въ рѣшеніи 4 Ноября 1876 г. кассаціонный судъ призналъ правильнымъ рѣшеніе сенскаго суда, коимъ подсудимый, сдѣлавшій взломъ кружки для бѣдныхъ, но не похитившій ничего, такъ какъ кружка оказалась пустою, признанъ виновнымъ въ покушеніи на кражу со взломомъ; въ рѣшеніи 12 Апрѣля 1877 г. кассаціонный судъ кассировалъ рѣшеніе суда въ Монпелье, не признавшаго наличности покушенія въ выстрѣлѣ, направленномъ

---

1) Н. Сергѣевскій, стр. 294, находитъ, что случаи именно этого рода должны быть разсматриваемы какъ покушеніе съ негодными средствами.

въ постель, на коей должна была лежать жертва, случайно находившаяся въ этотъ моментъ въ сосѣдней комнатѣ [1]).

Въ германской практикѣ этотъ вопросъ получилъ принципіальное разрѣшеніе въ рѣшеніяхъ Reichsgericht'a [2]), состоявшихся подъ несомнѣннымъ вліяніемъ крайняго субъективнаго воззрѣнія, защищаемаго Бури. Такъ, въ рѣшеніи 10 Іюня 1880 г. судъ призналъ, что негодность или годность объекта не имѣетъ никакого вліянія на наказуемость, а потому дѣйствія матери, направленныя на лишеніе жизни ея только что рожденнаго ребенка, оказавшагося, однако, въ тотъ моментъ мертвымъ, подходятъ подъ понятіе покушенія на дѣтоубійство, а въ рѣшеніи 30 Марта 1883 г. высшій судъ призналъ наказуемымъ покушеніемъ попытку женщины, ошибочно предполагавшей себя беременною, изгнать плодъ [3]).

Въ нашемъ уложеніи 1845 г. не содержалось также указаній по этому вопросу; но онъ былъ подробно разсмотрѣнъ угол. кассац. депар. Правит. Сената. Такъ, въ рѣшеніи по дѣлу Пономарева 1874 г., № 99, Сенатъ высказалъ: если бы преступное намѣреніе подсудимаго было направлено противъ объекта мнимаго или такого, который не могъ быть вовсе предметомъ преступленія, то несомнѣнно, что дѣяніе подсудимаго вовсе бы не подлежало уголовному преслѣдованію. Законъ (ст. 10) признаетъ совершившимся преступленіе, когда въ самомъ дѣлѣ послѣдовало преднамѣренное виновнымъ или иное отъ его дѣйствій зло, а потому, если зло, вслѣдствіе несуществованія объекта преступленія или абсолютной негодности онаго, не могло вовсе послѣдовать (убійство уже мертваго человѣка, изгнаніе плода у женщины не беременной), то не можетъ быть наказуемости дѣянія, какъ совершившагося преступленія. Точно также въ такомъ дѣянія нельзя видѣть и покушенія на преступленіе, которое есть приведеніе злаго умысла въ исполненіе: ибо не можетъ быть начала приведенія въ исполненіе того, что абсолютно невозможно исполнить. Такимъ образомъ, если бы виновный, желая изорвать свой вексель, изорвалъ простой клочекъ бумаги, то дѣяніе его не заключало бы ничего преступнаго. Въ рѣшеніи же по дѣлу Юханова, 1868 г., № 568, обвинявшагося во взломѣ замковъ на ригѣ, съ намѣреніемъ украсть находящійся тамъ хлѣбъ, причемъ намѣреніе виновнаго не осуществилось только потому, что въ ригѣ не оказалось хлѣба, угол. касс. деп. нашелъ, что дѣяніе виновнаго вполнѣ подходитъ подъ законное понятіе покушенія, а случайное отсутствіе той именно вещи, на которую было направлено преступленіе, не лишаетъ дѣйствія его преступнаго характера.

Равнымъ образомъ, въ рѣшеніи по дѣлу Городилова 1883 г. № 29 угол. касс. деп. высказалъ: что негодность объекта преступленія тогда только

---

1) Ср. Blanche, Etudes, I, № 12. Новые французскіе криминалисты, въ виду этой практики кассаціоннаго суда, пытаются провести различіе между покушеніями надъ абсолютно и относительно негодными объектами, допуская безнаказанность только при покушеніи перваго рода. Ср. Lainé, № 172 :Garraud, № 182.

2) Практика прежнихъ высшихъ германскихъ судовъ по этому вопросу представлялась крайне разнообразною. Ср. Perold, Praxis, стр. 21.

3) Нельзя, однако, не прибавить, что эти рѣшенія вызвали протестъ многихъ выдающихся нѣмецкихъ криминалистовъ—Berner, H. Meyer, Liszt, Geyer.

можетъ служить поводомъ для освобожденія виновнаго въ покушеніи отъ наказанія, когда посягательство было направлено на предметъ мнимый, т. е. не существовавшій въ дѣйствительности, или же безусловно негодный, т. е. не имѣющій тѣхъ свойствъ или качествъ, лишеніе которыхъ было цѣлью предпринятыхъ дѣйствій, и къ такимъ случаямъ не можетъ быть отнесено случайное отсутствіе человѣка изъ того мѣста, въ которое былъ направленъ выстрѣлъ. Поэтому признаніе подсудимаго виновнымъ въ томъ, что, возымѣвъ намѣреніе лишить жизни, онъ съ этою цѣлью произвелъ выстрѣлъ изъ ружья, заряженнаго пулею или дробью, въ окно дома, по направленію къ кровати, но не произвелъ убійства только потому, что лицо, противъ коего направленъ былъ выстрѣлъ, въ ту ночь легло спать не на кровати, какъ предполагалъ виновный, а въ сѣняхъ своего дома, свидѣтельствуетъ, что подсудимый сдѣлалъ все, что онъ считалъ нужнымъ для приведенія въ исполненіе своего намѣренія, и преднамѣренное имъ зло не совершилось только по случайному обстоятельству, имъ не предвидѣнному, а потому дѣяніе это составляетъ покушеніе оконченное.

Принципы, высказанные въ этихъ рѣшеніяхъ, усвоены и дѣйствующимъ уголовнымъ уложеніемъ, которое содержитъ общее постановленіе, что не почитается преступнымъ дѣяніе, направленное на объектъ не существующій или безусловно негодный для учиненія того рода преступнаго дѣянія, которое виновнымъ задумано, причемъ самое постановленіе не включено въ статью о покушеніи, такъ какъ дѣятельность виновнаго въ подобныхъ случаяхъ можетъ представляться сама по себѣ не попыткой, а вполнѣ законченнымъ актомъ, а отнесено къ отдѣлу о причинахъ, исключающихъ преступность дѣянія.

171. *Окончаніе преступнаго дѣянія.* Вопросъ о томъ, когда считать преступное дѣяніе оконченнымъ, повидимому, не представляетъ особыхъ затрудненій. Норма, заключавшая въ себѣ приказъ или запретъ со стороны государства, содержитъ въ себѣ, какъ свое противоположеніе, опредѣленіе дѣянія, нарушающаго норму. Поэтому изъ опредѣленія понятія преступнаго дѣянія вытекаетъ и понятіе объ его окончаніи: оно окончено, какъ скоро нарушена норма въ ея реальномъ бытіи, или, другими словами, когда причиненъ вредъ правоохраненному интересу, или этотъ интересъ поставленъ въ опасность.

Но въ современныхъ законодательствахъ, какъ мы знаемъ, дѣяніе, противополагающееся нормѣ, очерчивается въ его существенныхъ признакахъ самимъ же закономъ. Въ силу этого получается другое, такъ сказать, формальное опредѣленіе этого момента. Дѣяніе получаетъ значеніе оконченнаго преступнаго дѣянія, какъ скоро воспроизведенъ весь требуемый закономъ его составъ, къ коему относятся какъ признаки, прямо указанные въ законѣ, такъ и подразумѣваемые, т. е. вытекающіе или изъ взаимнаго отношенія прямо указанныхъ признаковъ между собою, или изъ соотношенія даннаго дѣянія съ его родовымъ типомъ, или, наконецъ, изъ сопоставленія отдѣльныхъ видовъ даннаго рода между собою [1]).

[1]) Finger, стр. 171, выходя изъ того положенія, что въ природѣ господствуетъ начало непрерывности, и что понятіе окончанія есть понятіе безусловно относительное, проводитъ ту мысль, что

Конечно, такъ какъ на обязанности законодателя лежитъ точное выясненіе существа нормы и условій ея нарушенія, то формальное понятіе объ окончаніи должно бы совпадать съ матеріальнымъ; но такое предположеніе далеко не всегда оказывается вѣрнымъ. При этомъ такое несогласіе можетъ происходить или отъ несовершенства законодательной работы, или, еще чаще, отъ неопредѣленной постановки въ доктринѣ самаго существа нарушаемой нормы, отъ сложности самой нормы, отъ историческихъ условій и т. д.

Понятно, что для судьи, какъ исполнителя закона, главное значеніе имѣетъ формальное опредѣленіе: онъ долженъ признать преступное дѣяніе оконченнымъ, какъ скоро виновный воспроизвелъ законный составъ; но тѣмъ не менѣе и для него установленіе матеріальнаго понятія окончанія представляется нерѣдко весьма существеннымъ, въ виду возможной неясности текста, необходимости разъяснять его не только грамматически, но и логически, не только по буквѣ закона, но и по его духу.

Это матеріальное и формальное понятіе объ окончаніи преступнаго дѣянія одинаково относится какъ къ содѣянію, такъ и къ бездѣйствію, какъ къ умышленной дѣятельности, такъ и къ неосторожной. Но иногда понятіе окончанія берется въ болѣе узкомъ значеніи, какъ извѣстная стадія развитія внѣ преступной воли, противополагаясь покушенію. Въ этомъ случаѣ, конечно, понятіе окончанія можетъ примѣняться только къ умышленнымъ преступнымъ дѣяніямъ.

Останавливаясь на этомъ болѣе узкомъ понятіи оконченнаго дѣянія, мы должны выяснить нѣкоторые его существенные моменты.

По отношенію къ субъективному моменту, понятіе окончанія требуетъ только осуществленія преступнаго намѣренія, а не цѣли, которая руководила виновнымъ [1]). Это замѣчаніе сохраняетъ свою силу и по отношенію къ тѣмъ преступнымъ дѣяніямъ, въ составъ коихъ законъ вводитъ извѣстную спеціальную цѣль, такъ какъ и тогда преступность дѣянія обусловливается только наличностью цѣли, а не ея осуществленіемъ, буде, конечно, въ составъ дѣянія не введено именно достиженіе цѣли. Такъ, если законъ назначаетъ особое наказаніе за поврежденіе желѣзной дороги съ цѣлью причинить крушеніе поѣзда, только въ томъ случаѣ, когда отъ сего крушеніе дѣйствительно послѣдовало, то, конечно, преступное дѣяніе будетъ окончено, когда осуществлена преступная цѣль—крушеніе поѣзда.

Точно также понятіе окончанія не обусловливается осуществленіемъ

понятіе оконченнаго преступленія опредѣляется исключительно съ точки зрѣнія законнаго состава сего дѣянія.

1) Поэтому внесеніе въ опредѣленіе окончанія условія достиженія цѣли представляется невѣрнымъ. Такъ, проф. Спасовичъ, стр. 132, говоритъ: «совершеніе преступленія будетъ тогда, когда преступникъ произвелъ въ мірѣ внѣшнемъ ту перемѣну, которая составляла цѣль его дѣянія». Но, однако, убійство съ корыстною цѣлью считается совершившимся, какъ скоро жертва убита, хотя бы виновный и не успѣлъ взять что-либо съ убитаго; если же понимать подъ цѣлью ближайшую непосредственную цѣль, то и тогда это опредѣленіе будетъ невѣрно: если изнасилователь бросаетъ на полъ свою жертву, то ближайшая его цѣль, конечно, уронить данное лицо на полъ, но съ достиженіемъ этой цѣли изнасилованіе не можетъ считаться оконченнымъ.

преступнаго плана. Съ одной стороны, заранѣе составленный планъ дѣйствія можетъ быть шире того, что предполагается составомъ даннаго преступнаго дѣянія, такъ что его полное осуществленіе не имѣетъ значенія: если виновный задумалъ убить кого-либо и трупъ бросить въ воду, то убійство считается оконченнымъ, хотя бы трупъ и не былъ брошенъ. Съ другой стороны, отступленія отъ задуманнаго плана дѣйствія, наступившія по волѣ самого дѣйствующаго или независимо отъ его воли, если только въ силу этого не прерывается причинная связь наступившаго результата съ дѣйствіями виновнаго, не устраняютъ вмѣненія учиненнаго въ умышленную вину и, слѣдовательно, не устраняютъ признанія дѣянія оконченнымъ.

Въ частности преступное дѣяніе считается оконченнымъ, хотя виновный воспроизвелъ только часть предположеннаго вреда, если, конечно, этотъ вредъ дѣлимъ и осуществленіе части его даетъ полный составъ преступнаго дѣянія. Такимъ образомъ, если воръ хотѣлъ похитить вещей на 10.000 рублей, а похитилъ только на 200 р., то его дѣяніе будетъ оконченною кражею на сумму менѣе 500 р., а не покушеніемъ на кражу на сумму свыше 500 р.

Уложеніе 1845 г. въ ст. 10 опредѣляло это понятіе такимъ образомъ: «преступленіе почитается совершившимся, когда въ самомъ дѣлѣ послѣдовало преднамѣренное виновнымъ или иное отъ его дѣйствій зло» [1]).

Но эта редакція возбуждала значительныя недоразумѣнія въ особенности въ виду того, что для окончанія по тексту закона было безразлично, послѣдовало ли зло преднамѣренное или же иное. Если понимать буквально текстъ закона, то приходилось дѣлать выводы, совершенно абсурдные: нѣкто задумалъ совершить кражу, но, выполняя задуманное, по неосторожности поджегъ мебель и, испугавшись, бѣжалъ, не окончивъ предположеннаго похищенія; зло, хотя и иное, отъ его дѣйствій послѣдовало; слѣдовательно, онъ виновенъ въ оконченной кражѣ,—выводъ, несостоятельность коего не требуетъ доказательствъ.

Дѣйствующее уложеніе, по примѣру западныхъ законодательствъ, отказалось отъ всякаго опредѣленія окончанія преступнаго дѣянія въ томъ соображеніи, какъ сказано въ объяснительной запискѣ, что по отношенію къ этому понятію всякое обобщеніе, данное въ законѣ, не имѣя никакого практическаго значенія, можетъ привести только къ невѣрнымъ выводамъ.

172. *Совпаденіе различныхъ степеней осуществленія воли.* Въ ученіи о виновности мною были разсмотрѣны нѣкоторые случаи совпаденія въ одномъ преступномъ дѣйствіи различныхъ видовъ вины; совершенно аналогичные и весьма разнообразные случаи возможны и относительно внѣшней стороны, и нѣкоторые изъ нихъ представляютъ несомнѣнное практическое значеніе.

---

1) По проекту уложенія опредѣленіе было иное: «преступленіе признается совершившимся лишь тогда, когда учиненное виновнымъ дѣяніе имѣетъ всѣ свойства, то преступленіе составляющія». Настоящую редакцію ст. 10 получила въ комиссіи Государственнаго Совѣта, причемъ комиссія, какъ видно изъ меморій ея засѣданій, разсматривала это измѣненіе, какъ редакціонное.

Во-1-хъ, каждое изъ совпадающихъ преступныхъ дѣяній можетъ имѣть совершенно самостоятельный характеръ какъ съ внутренней, такъ и съ внѣшней стороны, такъ что они соединяются только во времени, какъ, напр., изнасилованіе и покушеніе на убійство изнасилованной, учиненное въ видахъ сокрытія перваго преступленія и т. д.; въ этихъ случаяхъ примѣняются, конечно, общія правила о совокупности.

Во-2-хъ, оба дѣянія представляютъ осуществленіе одного преступнаго умысла и раздѣльность зависитъ отъ того, что дѣяніе было выполнено не надъ предполагаемымъ объектомъ; случаи этого рода были мною разобраны въ ученіи объ aberratio ictus и error in objecto.

Въ-3-хъ, задуманное выполнено надъ предположеннымъ объектомъ, но самая дѣятельность, оставаясь въ непосредственной связи съ предполагаемою, измѣнилась; когда виновный, предполагая, напр., задуманное оконченнымъ, предпринялъ, въ связи съ этою дѣятельностью, новую, посредствомъ которой въ дѣйствительности было достигнуто задуманное; эти случаи также разобраны выше, въ ученіи о dolus generalis.

Наконецъ, въ-4-хъ, задуманное выполнено надъ предполагаемымъ объектомъ такъ, какъ предполагалъ виновный, но самая дѣятельность, съ точки зрѣнія уголовнаго права, представляется осложненною и притомъ въ трехъ видахъ: а) предположенное осуществилось, а дѣйствіе, служившее для его осуществленія, составляетъ самостоятельное преступное дѣяніе; б) предположенное не осуществилось, а совершенное, составляя самостоятельное преступное дѣяніе, является покушеніемъ на предположенное; в) при тѣхъ же условіяхъ учиненное составляетъ только приготовленіе къ предположенному. Оба послѣдніе случая нѣмецкая доктрина называетъ технически квалифицированнымъ покушеніемъ [1]). Разрѣшеніе случаевъ этого рода допускаетъ, въ свою очередь, нѣсколько комбинацій.

Прежде всего предположимъ, что совершенное составляетъ необходимый элементъ предположеннаго, какъ, напр., насиліе при изнасилованіи, взломъ при кражѣ; въ этихъ случаяхъ совершенное или осуществляемое поглощаетъ служебное дѣяніе и задумавшій учинить кражу со взломомъ, пойманный въ моментъ взлома сундука , будетъ отвѣчать за покушеніе на кражу со взломомъ, а не за поврежденіе; если же кража была имъ окончена, то только—за кражу со взломомъ, а не за совокупность кражи и взлома.

При этой комбинаціи, служебное дѣяніе можетъ получить самостоятельное значеніе только при двухъ условіяхъ: во-1-хъ, когда покушеніе или приготовленіе къ тому дѣянію, для коего оно должно было служить, не наказуемо, и во-2-хъ, когда наказуемость этого служебнаго дѣянія значительнѣе, чѣмъ наказуемость покушенія или приготовленія на то дѣяніе, ради коего оно учинено. Такимъ образомъ, тотъ, кто пріобрѣлъ и носитъ при себѣ запрещенное оружіе, приготовляясь къ убійству, отвѣчаетъ только за приготовленіе къ убійству, а тотъ, кто дѣлалъ это, приготовляясь къ разбою, наказывается за ношеніе запрещеннаго оружія.

Самый же вопросъ о томъ, составляетъ ли данное дѣяніе служебную

---

1) A. Schlecht, Zur Lehre vom qualificierten Versuch въ L. Z. XIX, стр. 828 и слѣд.

дѣятельность для другаго главнаго преступленія, опредѣляется или на основаніи самой юридической природы этого дѣянія, или на основаніи прямыхъ указаній закона; такое выясненіе представляетъ одну изъ существенныхъ задачъ уголовнаго суда при опредѣленіи условій и объема отвѣтственности.

Другая возможная комбинація будетъ та, когда самостоятельное преступное дѣяніе, получившее служебный характеръ по отношенію къ позднѣйшей преступной дѣятельности, ни по существу этого главнаго преступленія, ни по законной его обрисовкѣ, не составляетъ необходимаго элемента задуманнаго; когда, напр., лицо, укравшее пистолетъ или кинжалъ, затѣмъ совершило, при помощи украденнаго орудія, убійство. Я полагаю, что при такой комбинаціи первоначальное дѣйствіе ни въ какомъ случаѣ не утрачиваетъ своего самостоятельнаго характера и виновный отвѣчаетъ по правиламъ о совокупности, даже если уже въ моментъ первоначальнаго дѣйствія онъ имѣлъ въ виду позднѣйшую преступную дѣятельность.

Дѣйствующее уложеніе, по примѣру всѣхъ новыхъ кодексовъ, не содержитъ объ этомъ никакого постановленія, предоставляя рѣшеніе его доктринѣ и судебной практикѣ.

III. Соучастіе.

173. Излагая ученіе о причинной связи, я останавливался на тѣхъ случаяхъ, когда къ дѣятельности обвиняемаго въ учиненіи преступнаго дѣянія привходятъ, въ качествѣ содѣйствующихъ силъ, дѣйствія другихъ лицъ, и притомъ какъ лично безотвѣтственныхъ, такъ и признаваемыхъ виновными и отвѣтственными за оказанное ими содѣйствіе. Въ этой послѣдней группѣ я выдѣлилъ, какъ особый типъ, такъ называемое соучастіе, отличающееся отъ общаго вида стеченія виновныхъ съ одной стороны тѣмъ, что, вмѣсто личной отвѣтственности каждаго изъ возсоединившихся лицъ за учиненное ими, наступаетъ отвѣтственность каждаго за общее дѣло, въ полномъ его объемѣ, а съ другой тѣмъ, что общія изложенныя мною положенія о прерваніи причинной связи привходящею умышленною дѣятельностью присоединяющихся лицъ, существенно измѣняются при наличности соучастія.

Приступая теперь къ изложенію одного изъ наиболѣе запутанныхъ ученій теоріи преступленія—къ ученію о соучастіи[1]), я считаю необходимымъ

1) Ср. литературныя указанія въ моемъ курсѣ, III, № 416, пр. 1. Изъ отдѣльныхъ монографій можно указать: А. Жиряевъ, О стеченіи нѣсколькихъ преступниковъ при одномъ и томъ же преступленіи, 1850 г.; Колоколовъ, О соучастіи въ преступленіи, 1881 г.; И. Фойницкій, Уголовно-правовая доктрина о соучастіи, Ю. В. 1891, № 1; переводъ въ L. Z. XII, 54; Berner, Die Lehre von der Theilnahme am Verbrechen, 1847 г.; W. Langenbeck, Die Lehre von der Theilnahme am Verbrechen, 1868 г.; Buri, Zur Lehre von der Theilnahme an dem Verbrechen und Begünstigung, 1869 г., дополнено рядомъ его статей въ G. 1867, 1869, 1870, 1876, 1885 и въ L. Z. II, стр. 232—298; T. Schütze, Die nothwendige Theilnahme am Verbrechen, 1869 г.; Kries, Zur Lehre von der Theilnahme, L. Z. VII, стр. 521; T. Borchert, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handlungen Dritter, 1888; K. Birkmeyer, Die Lehre von der Theilnahme, 1890; F. Mössmer, Die mittelbare Thäterschaft in gleichzeitiger Berücksichtigung des Hypnotismus im Strafrecht, 1892; Benoit-Champy, Essai sur la complicité, 1861; Fernex de Montgex, Etude sur la complicité, 1867. Подробно изложенъ отдѣлъ о соучастіи у Molinier, II, стр. 216—277; J. Thibierge, La notion de la complicité, 1898.

прежде всего выяснить: во-1-хъ, существуютъ ли основанія для выдѣленія этого вида стеченія виновныхъ, и, во-2-хъ, если они существуютъ, то въ чемъ именно заключаются отличительныя черты соучастія. Разсмотрѣніе этихъ вопросовъ представляется мнѣ существеннымъ въ виду появленія новаго воззрѣнія, представителемъ котораго у насъ является профессоръ Фойницкій, предлагающаго выкинуть ученіе о соучастіи, какъ остатокъ схоластической обработки права, изъ изложенія общихъ условій преступленія и признать и въ этихъ случаяхъ примѣнимыми общія правила объ индивидуальной отвѣтственности, а затѣмъ и потому, что смѣшеніемъ особливаго понятія о соучастіи съ общимъ понятіемъ стеченія преступниковъ объясняется то, до нѣкоторой степени хаотическое состояніе, въ которомъ находилось это ученіе въ доктринѣ до недавняго времени, и слѣды котораго не трудно отыскать и въ новой литературѣ [1]).

Соучастіе, какъ видъ стеченія преступниковъ, и въ современныхъ законодательствахъ и въ доктринѣ, является самостоятельнымъ понятіемъ, самое наименованіе коего, какъ техническій терминъ, не вполнѣ совпадаетъ съ обиходнымъ его употребленіемъ.

Прежде всего, соучастіе въ преступленіи должно быть отличаемо отъ совмѣстнаго привлеченія къ отвѣтственности, хотя лицъ, одновременно судимыхъ мы нерѣдко, съ точки зрѣнія процессуальной, разсматриваемъ какъ соучастниковъ, имѣющихъ общія права при разборѣ дѣла и подходящихъ подъ особыя по сему предмету постановленія устава уголовнаго судопроизводства.

Такое различеніе необходимо [2]) уже и потому, что одновременное привлеченіе къ отвѣтственности съ одной стороны уже, а съ другой шире понятія соучастія, какъ совмѣстной виновности.

Конечно, правильное отправленіе правосудія требуетъ, чтобы всякое уголовное дѣло, разсматриваемое судомъ уголовнымъ, представлялось на судъ во всей его полнотѣ; слѣдовательно, въ тѣхъ случаяхъ, когда преступное дѣяніе было учинено нѣсколькими лицами, предварительное и судебное слѣдствія должны быть направлены противъ всѣхъ подсудимыхъ, такъ какъ, при неисполненіи этого условія, одинаково пострадаютъ и обвиненіе и защита. Но всѣ процессуальные законы, а въ томъ числѣ и нашъ уставъ уголовнаго судопроизводства, признавая всю важность этого положенія, допускаютъ и исключенія изъ него; такъ, напр., разбирательство уголовнаго дѣла не останавливается, хотя бы нѣкоторые изъ соучастниковъ не были еще извѣстны и разысканы, а равно и въ томъ случаѣ, когда производство относительно ихъ почему-либо пріостановлено и даже прекращено [3]).

---

1) Schütze въ своей монографіи (стр. 207) замѣчаетъ безцеремонно, что доктрина о соучастіи представляетъ такую авгіеву конюшню, на очистку которой потребуется цѣлое столѣтіе. Проф. Жиряевъ (стр. 6) приходитъ къ грустному выводу, что окончательное рѣшеніе вопроса о сущности соучастія, особенно въ наукѣ, ему кажется невозможнымъ; нельзя, однако, не замѣтить, что самъ проф. Жиряевъ, какъ свидѣтельствуетъ и названіе его труда, не отдѣляя соучастія отъ стеченія нѣсколькихъ лицъ при одномъ дѣяніи, содѣйствовалъ путаницѣ понятій.

2) Противное мнѣніе защищаетъ Жиряевъ, в. с., стр. 15, ср. также Haus, Principes, № 549; Lefort, Cours, стр. 254.

3) Ср. рядъ рѣшеній угол. касс. деп. Прав. Сената 75/275, 68/940, 68/831 и др. Кассаціонный департаментъ даже высказалъ, что изъятія изъ принципа общей подсудности соучастниковъ могутъ

Вмѣстѣ съ тѣмъ, общая подсудность можетъ существовать по нашему процессу и для лицъ, не имѣющихъ между собою никакого пункта единенія, напр., для лицъ, бывшихъ, каждое порознь, соучастниками въ двухъ совершенно отдѣльныхъ преступныхъ дѣяніяхъ одного лица. Если А. вмѣстѣ съ Б. совершилъ подлогъ, а вмѣстѣ съ В. учинилъ растрату, то всѣ трое могутъ оказаться совмѣстно на скамьѣ подсудимыхъ, хотя между Б. и В. никакой объединяющей ихъ дѣятельности не существуетъ.

Мало того, даже однородность обвиненія, за которое одновременно привлечено къ суду нѣсколько лицъ, еще не даетъ, сама по себѣ, права признавать ихъ соучастниками. Соучастіе, какъ совмѣстная виновность, предполагаетъ единеніе въ преступной дѣятельности (въ широкомъ значеніи этого слова), хотя бы таковая какъ по законной ея характеристикѣ, такъ и въ ея фактическомъ проявленіи, представлялась сложною, составленною изъ ряда дѣйствій, отдѣленныхъ другъ отъ друга и по мѣсту и по времени, и тѣмъ не менѣе составляющихъ одно общее цѣлое, и этого именно условія можетъ и не быть у одновременно привлекаемыхъ, хотя бы и по одной и той же статьѣ закона, ибо понятіе однородности вины разнствуетъ отъ понятія совмѣстности вины. Таковы, напр., случаи одновременнаго привлеченія къ отвѣтственности лицъ, принадлежащихъ къ какой-либо не допущенной закономъ къ свободному существованію въ Россіи религіозной сектѣ, политической партіи или фракціи.

Лица, раздѣляющія убѣжденія и вѣрованія этой партіи, заявившія чѣмъ-либо о своей принадлежности къ оной, могутъ признаваться равно отвѣтственными, какъ, напр., лица, принадлежащія къ скопческой или иной ереси, соединенной съ явно безнравственными, гнусными дѣйствіями, могутъ быть совмѣстно привлечены къ уголовной отвѣтственности,—но они не могутъ почитаться соучастниками, ибо между ними не существуетъ единенія въ общемъ преступномъ дѣяніи. Точно также несомнѣнная принадлежность по убѣжденіямъ къ партіи республиканской или конституціонной не тождественна съ понятіемъ участія въ сообществѣ, составившемся съ цѣлью, напр., ниспровергнуть существующій у насъ самодержавный образъ правленія: для доказательства принадлежности къ партіи достаточно доказательства совпаденія съ другими въ идеяхъ, стремленіяхъ, вѣрованіяхъ; для доказательства принадлежности къ сообществу необходимо участіе въ общей дѣятельности [1]).

быть дѣлаемы даже въ видахъ удобства производства дѣлъ, если это можетъ быть достигнуто безъ ущерба для правосудія, напр., по дѣламъ о порубкахъ въ казенныхъ лѣсахъ, учиненныхъ при участіи полѣсовщиковъ (75/624, Алексѣева).

1) Ср. мой курсъ, III, № 419; положеніе, указанное въ текстѣ, конечно, измѣнится, если въ программу партіи входитъ опредѣленная преступная дѣятельность: тогда вступленіе въ партію можетъ быть признано равносильнымъ со вступленіемъ въ сообщество для учиненія опредѣленнаго преступнаго дѣянія; равнымъ образомъ, сектанты, привлекаемые къ отвѣтственности не только за принадлежность къ сектѣ, но и за совращеніе, могутъ, конечно, подходить и подъ понятіе соучастниковъ. Чрезвычайно подробныя и обстоятельныя разъясненія о различіи между политическою партіею и политическимъ сообществомъ преподаны въ рѣшеніи германскаго имперскаго суда 21 Дек. 1885 г. (Entsch. XIII № 86).

174. Соучастіе, какъ и стеченіе преступниковъ, предполагаетъ общую дѣятельность и притомъ дѣятельность, подходящую подъ понятіе преступнаго дѣянія, такъ какъ если учиненное нѣсколькими лицами представляется юридически безразличнымъ, то не можетъ быть и преступнаго соучастія между лицами, его выполнившими, но такъ какъ дѣятельность, хотя бы и подходящая по своимъ объективнымъ признакамъ подъ понятіе преступнаго дѣянія, становится уголовно наказуемою только въ томъ случаѣ, когда въ ней проявляется преступная виновность, то и о преступномъ соучастіи можетъ идти рѣчь только тогда, когда совмѣстно учиненное является преступнымъ по отношенію къ каждому изъ соучастниковъ.

Поэтому, если мы предположимъ, что преступное дѣяніе было послѣдствіемъ дѣйствія (а иногда и бездѣйствія) двухъ лицъ, изъ коихъ одно или было невмѣняемымъ или дѣйствовало внѣ условій вмѣненія, то другое лицо, коего дѣятельность находится въ причинномъ соотношеніи съ учиненнымъ дѣяніемъ, очевидно, будетъ единымъ виновникомъ, все равно, было ли оно послѣднедѣйствовавшимъ исполнителемъ посягательства, или, наоборотъ, къ его дѣятельности примкнула дѣятельность невмѣняемая, не разрушившая, однако, причинной связи первоначальнаго дѣянія съ послѣдствіемъ. Подговорившій ребенка поджечь домъ, давшій умалишенному ножъ, которымъ тотъ учинилъ убійство, являются, съ точки зрѣнія уголовнаго права, единственными виновниками поджога или убійства; поэтому при этихъ условіяхъ нѣтъ соучастія, а существуетъ одновиновничество даннаго лица, совершившаго преступное дѣяніе посредствомъ невмѣняемаго, какъ своего орудія [1]). При этомъ, какъ и въ случаяхъ присоединенія силы природы или животнаго, для отвѣтственности первоначально дѣйствовавшаго безразлична та роль, которую играло въ воспроизведеніи результата присоединившееся лицо, а равно и возможность со стороны первоначально дѣйствовавшаго непосредственно выполнить таковое дѣяніе. Поэтому, напр., посредственнымъ виновникомъ убійства, учиненнаго посредствомъ задушенія, можетъ быть лицо, неспособное къ физической дѣятельности; виновникомъ подлога—неграмотный, изнасилованія—женщина и т. д.

Но, конечно, если учиненное преступное дѣяніе по законнымъ условіямъ его состава таково, что оно предполагаетъ наличность спеціальнаго виновнаго, исключая возможность учиненія его какими-либо другими лицами, то лицо,

---

1) Нѣмецкая доктрина характеризуетъ эти случаи какъ посредственное виновничество, mittelbare Thäterschaft; Liszt, стр. 201 (весьма широко ставящій область посредственнаго виновничества), называетъ его fingirte Thäterschaft, но противъ этого термина справедливо возражаютъ, указывая, что виновничество въ данномъ случаѣ не вымышленное, а дѣйствительное. Ср. подробный разборъ этого вида виновничества у Mössmer, Die mittelbare Thäterschaft in gleichzeitiger Berücksichtigung des Hypnotismus im Strafrecht, 1892 г.; Borchert, в. с., III отд.; Herbst, Zur Lehre von der sogenannten Anstiftung, G. за 1877, стр. 379, 429. Кодексъ голландскій въ самомъ понятіи виновника (ст. 47 п. 1) различаетъ: тѣхъ, которые совершили дѣянія, тѣхъ, которые заставили совершить (font commettre во французскомъ переводѣ—въ противоположность подстрекателей) или совмѣстно совершили (commettent ensemble), причемъ подъ второю группою голландскіе юристы (van Swinderen, стр. 212), понимаютъ именно тѣхъ которые воспользовались другими какъ простымъ орудіемъ, такъ что эти послѣднія лица сами по себѣ безотвѣтственны. Французскіе криминалисты, ср. Garraud, II, № 275, не признаютъ посредственнаго виновничества, а относятъ эти случаи къ соучастію.

не обладающее этими свойствами, одинаково не можетъ быть какъ непосредственнымъ, такъ и посредственнымъ его виновникомъ. Принудившій служащаго постановить неправосудное рѣшеніе или отказать кому-либо въ его законныхъ требованіяхъ можетъ отвѣчать за принужденіе, но не можетъ быть признанъ посредственнымъ виновникомъ неправосудія или притѣсненія; воспользовавшійся душевною болѣзнью нотаріуса или судебнаго слѣдователя для составленія ими подложнаго документа будетъ отвѣчать какъ виновникъ простаго, а не служебнаго подлога.

Такое признаніе первоначально дѣйствовавшаго посредственнымъ виновникомъ зависитъ только отъ отсутствія условій вмѣненія въ дѣятельности содѣйствовавшаго лица, а не отъ сознанія виновникомъ наличности этихъ условій; поэтому лицо будетъ посредственнымъ виновникомъ, хотя бы оно ошибочно предполагало, что возбужденное имъ и содѣйствующее ему лицо дѣеспособно.

Такимъ образомъ, соучастіе можетъ быть сопоставляемо лишь съ тѣми случаями стеченія совмѣстно дѣйствующихъ, когда присоединившееся въ качествѣ привходящей силы лицо является также уголовно отвѣтственнымъ.

Но и въ этомъ видѣ стеченія виновныхъ[1]) понятіе соучастія не распространяется на ту группу этого вида, въ которой каждое лицо, вложившееся въ событіе, дѣйствуетъ вполнѣ самостоятельно, которыхъ дѣятельность сопредѣльна, но не совмѣстна.

Если кто-либо нанесъ другому рану, а на другой день раненаго задушило иное лицо, дѣйствовавшее совершенно независимо отъ перваго, то хотя бы и оказалось, что возможность задушенія обусловливалась нанесеніемъ, обезсилившимъ жертву, каждое изъ этихъ лицъ отвѣчаетъ только за то, что оно сдѣлало, и они не подходятъ подъ понятіе соучастниковъ; то же должны признать мы и относительно лицъ, одновременно, но совершенно независимо другъ отъ друга, поджегшихъ домъ съ разныхъ концовъ: ихъ виновность сопредѣльна, но не едина. При этомъ безразлично, будутъ ли, по разнымъ соображеніямъ процессуальнымъ, эти лица судиться совмѣстно, или нѣтъ.

Съ другой стороны понятіе о соучастіи предполагаетъ такую совмѣстную дѣятельность, при которой видоизмѣняются общія правила о стеченіи виновныхъ въ томъ отношеніи, что признается причинная связь[2]), а посему и отвѣтственность за дѣяніе въ полномъ объемѣ и въ томъ случаѣ, когда самостоятельный характеръ присоединившейся силы, по общимъ правиламъ, долженъ былъ бы прервать причинную связь, въ силу чего расширяется группа лицъ, вполнѣ и солидарно отвѣтственныхъ за совмѣстно воспроизве-

---

[1]) Доктрина нѣмецкая до половины нынѣшняго столѣтія включала все ученіе объ этомъ видѣ стеченія въ ученіе о соучастіи; слѣды этого воззрѣнія сохранились еще и нынѣ въ толкованіи, даваемомъ большинствомъ нѣмецкихъ криминалистовъ понятію германскаго уложенія о Mitthäterschaft; изъ нашихъ криминалистовъ такое широкое понятіе о соучастіи у Жиряева и Колоколова.

[2]) Стремленіе примѣнить къ ученію о соучастіи общія начала о причинной связи составляетъ существенную заслугу Фейербаха и въ особенности Штюбеля, являющихся первыми реформаторами ученія о соучастіи; изъ кодексовъ формулировка соучастія по этимъ началамъ впервые была сдѣлана въ баварскомъ уложеніи 1813 г., § 45.

денный результатъ; такова именно отвѣтственность подстрекателей, пособниковъ и даже значительнаго числа лицъ, относимыхъ къ группѣ сообщниковъ или исполнителей.

Такимъ образомъ, по моему мнѣнію, къ соучастію относятся лишь тѣ совершенно своеобразные случаи стеченія преступниковъ, въ коихъ является солидарная отвѣтственность всѣхъ за каждаго и каждаго за всѣхъ; въ силу этого условія ученіе о соучастіи и получаетъ значеніе самостоятельнаго института [1]).

Такая солидарность отвѣтственности предполагаетъ, съ одной стороны, что каждый соучастникъ стоитъ объективно въ извѣстномъ причинномъ отношеніи къ событію, является одною изъ силъ, въ него вкладывающихся, почему и самое соучастіе должно быть разсматриваемо въ прямомъ соотношеніи съ ученіемъ о причинной связи; а съ другой, что каждый соучастникъ является не только индивидуально виновнымъ, но и общникомъ въ виновности другихъ лицъ, причемъ эта общность вины, опредѣляющая отвѣтственность соучастниковъ и придающая соучастію своеобразную внѣшнюю конструкцію, вовсе не зависитъ отъ той роли, которую играетъ данное лицо въ дѣятельности другихъ; она только предполагаетъ примкнутіе къ винѣ другихъ и внѣшнимъ признакомъ таковаго примкнутія является соглашеніе, въ его нѣсколько своеобразномъ юридическомъ значеніи.

Ограничительный взглядъ на соучастіе проводило и уложеніе 1845 г., какъ это видно изъ характеристики отдѣльныхъ типовъ соучастниковъ въ ст. 12 и 13 (изд. 1885 г.), а затѣмъ изъ многихъ постановленій особенной части, въ коихъ говорилось объ уговорѣ, какъ признакѣ соучастія. Такое же воззрѣніе на существо соучастія усвоено и практикою уголовнаго кассаціоннаго департамента. Такъ, въ прекрасно мотивированномъ рѣшеніи по дѣлу Талтыкова (70/367) высказано [2]), что, по общимъ правиламъ о соучастіи, когда преступленіе учинено совокупными силами нѣсколькихъ лицъ, на каждое изъ нихъ, какъ бы ни была незначительна степень его содѣйствія своимъ товарищамъ, падаетъ цѣлое преступное дѣяніе въ полномъ его объемѣ: внѣшняя сторона преступленія, всѣмъ имъ общая и для каждаго изъ нихъ одинаковая, не можетъ быть дѣлима на доли, а потому всѣ они подходятъ подъ одинъ и тотъ же уголовный законъ, причемъ эти положенія примѣняются ко всѣмъ видамъ соучастія. На этомъ основаніи признаніе присяжными подсудимыхъ соучастниками и установленіе, въ то же время, внѣшней стороны ихъ дѣятельности столь различною, что въ результатѣ они оказываются участниками совершенно различныхъ преступленій, по указанію Сената, составляетъ существенное противорѣчіе, лишающее приговоръ законной силы.

Еще опредѣленнѣе выраженъ этотъ взглядъ въ дѣйствующемъ уголовномъ уложеніи, которое относитъ къ соучастникамъ только лицъ, дѣйствовавшихъ завѣдомо сообща или согласившихся на учиненіе преступнаго дѣянія.

---

1) Kohler, в. с., стр. 92, говоритъ: каждый соучастникъ отвѣчаетъ за цѣлое, хотя бы онъ фактически выполнилъ только часть дѣятельности или создалъ одно изъ условій. Ср. Janka, § 5; Merkel, § 50; Finger, § 56.

2) То же повторено въ рѣшеніяхъ: 85/28, Таганрогской таможни; 94/15 Кладо.

*

Но такая постановка ученія о соучастіи вызвала, какъ было указано, возраженія въ нашей литературѣ. Уже проф. Колоколовъ, опредѣляя соучастіе (стр. 50), какъ такое отношеніе нѣсколькихъ лицъ къ единичному результату, при которомъ каждое изъ нихъ виновнымъ образомъ обусловливаетъ результатъ, посредствомъ извѣстнаго положительнаго дѣйствія, и отрицая вмѣстѣ съ тѣмъ начало солидарной отвѣтственности соучастниковъ и общность ихъ вины, а признавая лишь индивидуальную отвѣтственность каждаго, этими положеніями, собственно говоря, ставилъ крестъ на все ученіе о соучастіи, какъ самостоятельномъ типѣ виновности, хотя и посвятилъ ему цѣлую монографію. Но болѣе полное развитіе взглядъ г. Колоколова получилъ у пр. Фойницкаго, упрекающаго (стр. 8) господствующую нынѣ не только въ доктринѣ, но и во всѣхъ кодексахъ, теорію соучастія въ схоластичности построенія и въ допущеніи презумпцій, не оправдываемыхъ природою вещей и стоящихъ въ противорѣчіи съ началами уголовнаго права, а равно въ неполнотѣ и въ непригодности для объединенія и обобщенія готоваго матеріала [1]).

---

1) Воззрѣнія пр. Фойницкаго пока не нашли отклика ни въ нѣмецкой литературѣ (ср. послѣднія изданія Г. Мейера, Янка, а въ особенности Фингера; указанія же Фойницкаго, что тѣ же воззрѣнія защищаютъ Lilienthal въ L. Z. XV, стр. 287, Lammasch, въ L. Z. XIV стр. 511—562, представляются очевиднымъ недоразумѣніемъ), ни въ французско-бельгійской (ср. даже Prins, Science, Livre VI). Правда Листъ (7 изд. § 50), допуская, что отвѣтственность за чужую вину существуетъ только при Theilnahme, находитъ, что при совиновничествѣ (Mitthäterschaft) каждый совиновникъ, т. е., тотъ, кто принялъ участіе въ исполнительномъ дѣйствіи, входящемъ въ составъ преступнаго дѣянія, отвѣчаетъ только за свою вину, независимо отъ отвѣтственности другихъ, такъ что одинъ изъ совиновниковъ можетъ быть наказанъ какъ Mörder, другой какъ Todtschläger, одинъ какъ Räuber, другой какъ Dieb (стр. 205); но даже и въ этомъ объемѣ это ограниченіе понятія общей виновности несостоятельно; такъ какъ по ученію Листа при изнасилованіи напр. надо признать совиновниками и насилующаго и того, кто держалъ жертву, то послѣдній будетъ отвѣчать только за насиліе (Nöthigung), а тотъ, кто заманилъ жертву въ мѣсто изнасилованія, будучи пособникомъ, долженъ отвѣчать за изнасилованіе. А что дѣлать съ подстрекателемъ, котораго Листъ, правда, только вскользь (стр. 199 ср. съ 211), считаетъ самостоятельнымъ посредственнымъ виновникомъ? На линцскомъ конгрессѣ союза криминалистовъ 1895 г за подобную теорію высказались докладчики— д-ръ Гетцъ изъ Христіаніи и адвокатъ Николадони. (Ср. И. Фойницкій, Линцскій съѣздъ криминалистовъ. Ж. М. Ю. 1896 г. № 1 стр. 118; самые доклады напечатаны въ Bulletin, V, стр. 336). Гетцъ находилъ особыя постановленія о соучастіи въ кодексахъ излишними, такъ какъ для отвѣтственности всѣхъ соучастниковъ вполнѣ достаточно примѣненія общихъ началъ причинной связи и отвѣтственность ихъ не должна зависѣть отъ отвѣтственности непосредственно учинившихъ, а необходимо только, чтобы опредѣленія отдѣльныхъ преступленій въ кодексахъ были такъ редактированы, чтобы давали возможность подвести подъ нихъ всѣ виды и способы причиненія, а Николадони, напротивъ, находилъ, что такъ какъ каждый изъ соучастниковъ отвѣчаетъ только за то, что онъ сдѣлалъ, то поэтому для ихъ отвѣтственности необходима цѣлая система отдѣльныхъ постановленій въ особой части. Но оба реферата и въ особенности докладъ Николадони не встрѣтили сочувствія въ съѣздѣ и съѣздъ никакого заключенія не постановилъ. Докладъ Николадони, даже и по отзыву пр. Фойницкаго, представляется и неожиданнымъ и недостаточно обоснованнымъ. Теорія Фойницкаго изложена и разобрана у Thibierge, La notion de la complicité, причемъ онъ разсматриваетъ ее почему то какъ подвидъ теоріи международнаго союза криминалистовъ; къ этой группѣ онъ относитъ теорію Листа, теорію Фойницкаго и теорію докладчиковъ линцскаго конгресса. Находя все это новое ученіе несостоятельнымъ, онъ указываетъ, что новаторы въ своихъ возраженіяхъ противъ стараго ученія о соучастіи невѣрно излагаютъ его, такъ какъ старая доктрина, признавая общность преступленія, вовсе не предполагала тождества дѣятельности каждаго, а общность намѣренія не исключала различія цѣли и другихъ субъективныхъ условій виновности у отдѣльныхъ участниковъ. Съ другой стороны, признаніе дѣятельности каждаго участника самостоятельнымъ преступленіемъ практически невозможно, такъ какъ тогда придется признать дѣятельность пособника, которая, взятая отдѣльно, не представляется ни злою, ни преступною, напр., покупка пистолета, заключающею въ себѣ составъ убійства, если виновный покупалъ съ намѣреніемъ передать его убійцѣ для выполненія задуманнаго и дѣйствительно передалъ таковой. Изъ нашихъ криминалистовъ къ теоріи Фойницкаго примкнулъ В. Есиповъ, Очеркъ русск. угол. права, 1898 г., заявившій малопонятное мнѣніе (стр. 148), что «въ настоящее время понятіе

Схоластическою въ господствующей доктринѣ является, по мнѣнію пр. Фойницкаго, положенная въ основу ученія объ общей винѣ презумпція единаго умысла, въ силу коего «вина каждаго становится виною всѣхъ въ отдѣльности, своя и чужая вина перестаютъ различаться» (стр. 5), между тѣмъ какъ въ свободной дѣятельности соучастниковъ можетъ быть не единство воль, поглощающее индивидуальность, а лишь ихъ сходство и совпаденіе. Но не говоря уже о томъ, что понятіе общности умысла, о коемъ говоритъ доктрина, далеко не тождественно съ понятіемъ единства умысла, очевидно, что сходство направленія воль имѣетъ мѣсто тамъ, гдѣ каждая воля направляется на отдѣльное, хотя и однородное посягательство на правоохраненный интересъ, а тамъ, гдѣ воли многихъ направлены на одно посягательство, и притомъ выполненное ихъ общею дѣятельностью тамъ проявляется не сходство, а общность воль. Общее дѣло придаетъ каждой единичной волѣ ту своеобразную окраску, при которой она, сохраняя, какъ мы увидимъ далѣе, индивидуальныя особенности, становится общимъ умысломъ, является общею волею, отличною отъ единичныхъ воль отдѣльныхъ лицъ, не въ видѣ схоластическаго вымысла, а въ видѣ реальной силы, которая, направленная на благое—творитъ чудеса, а направленная на зло, вноситъ страшную неурядицу въ соціальный и государственный организмъ. Крестьянинъ, жертвующій трудовой грошъ на построеніе церкви угодника Божія, купецъ, вписывающій на поминъ сродственниковъ въ соборную книжку сотенный вкладъ, и самъ Власъ, босикомъ, съ открытымъ воротомъ, обходящій Русь православную, несомнѣнно проникнуты тою общею волею, въ силу коей «выростаютъ храмы Божіе по лицу земли родной», но та же общность будетъ и въ преступныхъ дѣяніяхъ, и тотъ, кто отуманенный страстью, злобой, а можетъ быть и виномъ, бьетъ смертнымъ боемъ жену постылую, и та лихая разлучница, которая приспѣла дружку милому въ лихой часъ, безвременный, топоръ подъ руку, отуманила да распалила рѣчами да повадкою,—довела его до грѣха кровнаго, проявляютъ несомнѣнно не сходный, а общій умыселъ, и ихъ общая вина создаетъ и общую отвѣтственность. Конечно, если одинъ изъ такихъ общниковъ, какъ приводитъ въ видѣ примѣра пр. Фойницкій, дѣйствовалъ съ умысломъ убить, а другой лишь съ умысломъ причинить боль, то у нихъ не будетъ общаго умысла, но ихъ нельзя и считать соучастниками убійства. Отрицая идею общей вины и отвѣтственности каждаго изъ соучастниковъ за таковую, мы окажемся юридически безсильными для разрѣшенія вопроса о виновности и отвѣтственности участниковъ толпы, совершившей преступленія,—примѣры каковыхъ столь часто встрѣчаются за послѣднее время. Чѣмъ болѣе растетъ численность сообщества, хотя бы и случайно составившагося, скопа, тѣмъ сильнѣе выдвигается различіе и количественное и

соучастниковъ является опредѣленіемъ основнаго понятія преступныхъ дѣятелей; соучастники представляютъ совершенно независимый типъ преступныхъ дѣятелей», и что положеніе современной теоріи личнаго состоянія преступности можетъ быть выражено формулою: quod deliquentes tot delicta (при пяти соучастникахъ пять убійствъ одного лица!) Съ точки зрѣнія этой теоріи можетъ быть рѣчь не осоучастіи нѣсколькихъ лицъ въ одномъ и томъ же преступленіи, а только о совмѣстной дѣятельности или о совмѣстныхъ преступленіяхъ многихъ лицъ. Въ одно дѣяніе не могутъ вложиться нѣсколько личныхъ состояній и каждое дѣяніе есть проявленіе личнаго состоянія только одного лица. Преступное дѣяніе не предметъ наказанія, а только внѣшнее, хотя и крайне важное условіе примѣненія наказанія. Не можетъ быть и рѣчи объ уголовно-отвѣтственномъ участіи въ чужой винѣ, вина каждаго самостоятельна и отдѣльна, какъ при единичной, такъ и при совмѣстной дѣятельности. Хорошо еще, что авторъ далѣе совѣтуетъ, при всей несостоятельности современнаго ученія о соучастіи, относиться къ нему съ крайнею осторожностью: «нельзя требовать безусловной и безотлагательной ломки такихъ понятій, которыя вырабатывались вѣками и съ которыми такъ сказать сжилось создавшее ихъ общество». Дальнѣйшее же изложеніе теоріи (со стр. 151) соучастія у автора *никакого* касательства къ раздѣляемому имъ ученію новой школы не имѣетъ. Sighele, La theorica positiva della complicita, 1894, указываетъ, наоборотъ, что ученіе новой школы именно ведетъ къ установленію понятія коллективной вины, и что только этимъ путемъ она даетъ объясненіе преступности толпы. Самъ Зигеле не только не отрицаетъ понятія соучастія, но видитъ въ его наличности условіе, усиливающее отвѣтственность. Ср. Sauvard, Jmprudence, стр. 147. Важное значеніе соучастію въ современномъ мірѣ преступниковъ придаетъ и Prins, Science, § 95 и сл.

качественное между общею виною и индивидуальною преступностью отдѣльныхъ лицъ. Этотъ фактъ съ несомнѣнностью устанавливается безчисленными примѣрами, и прошлыми и настоящими, проявленій преступности толпы[1]). Въ толпѣ, совершившей самое невѣроятное злодѣйство, проявившей самые низменные инстинкты, стремленія, не найдется, можетъ быть, въ отдѣльности ни одного, способнаго выполнить личными силами что-либо подобное. Начало подражательности—что люди, то и мы, взаимовозбужденіе—на людяхъ и смерть красна, сознаніе силы, не доступной для отдѣльнаго лица—съ міра по ниткѣ, голому рубашка, всецѣло измѣняютъ лицо, какъ часть цѣлаго, преображаютъ его психическое и нравственное я. Какъ стихійная сила, толпа, совершающая подвигъ, предъ которымъ преклонится потомство, проявляющая великій недосягаемый для отдѣльнаго лица нравственный подъемъ, чрезъ какой-нибудь часъ является разнузданнымъ звѣремъ, лишеннымъ проблеска нравственнаго чувства, и къ сожалѣнію, какъ свидѣтельствуетъ опытъ, толпа чаще проявляетъ преступную, а не возвышенную сторону человѣческой природы[2]). Можно ли разложить эту общую заслугу, эту общую вину, какъ сумму слагаемыхъ, на составныя части и замѣнить понятіе объ общей винѣ толпы идеею о виновности отдѣльныхъ ея членовъ?

Другой схоластическій вымыселъ теоріи соучастія, по замѣчанію пр. Фойницкаго, состоитъ въ томъ, что вмѣсто твердаго начала причинности, какъ основы отвѣтственности, она ставитъ соглашеніе, какъ презумпцію причинности, и тѣмъ чрезмѣрно расширяетъ предѣлы наказуемаго участія. Но въ основѣ этого возраженія лежитъ прямое недоразумѣніе, такъ какъ ни новѣйшая, ни болѣе старая теоріи соучастія не устраняли изъ него условія причинности, а всегда требовали, чтобы соучастникъ былъ или причиною или условіемъ содѣяннаго; на соглашеніе же, въ смыслѣ выраженія общности вины, доктрина смотритъ лишь какъ на условіе, видоизмѣняющее самостоятельный характеръ примыкающей силы, а въ особенности устраняющее этимъ привхожденіемъ прекращеніе причинной связи, что, конечно, не одно и то же. Самый примѣръ, приводимый пр. Фойницкимъ, чрезмѣрнаго

---

1) Tarde, Les crimes des foules въ его Essai, 1895, стр. 95, высказываетъ такую даже мысль, что индивидуальная виновность въ случаяхъ этого рода обратно пропорціональна виновности коллективной, т. е. чѣмъ сильнѣе проявляется въ данномъ дѣяніи общая массовая вина, тѣмъ слабѣе виновность каждаго члена толпы въ отдѣльности; исключеніе Тардъ допускаетъ только для руководителей толпы, которыхъ вина и отвѣтственность первенствуютъ. G. Le Bon, Psychologie des foules, 1895—различаетъ толпу въ тѣсномъ смыслѣ—отъ большаго стеченія народа, именно психологическимъ объединеніемъ индивидуумовъ: «каковы бы ни были лица, составившія толпу, говоритъ онъ, сколько бы сходства или различія ни было въ ихъ образѣ жизни, ихъ занятіяхъ, характерѣ, умственномъ развитіи, однимъ только фактомъ превращенія ихъ въ толпу, они воспринимаютъ какъ бы коллективную душу, которая заставляетъ ихъ чувствовать, мыслить и дѣйствовать совершенно иначе, чѣмъ бы чувствовалъ, думалъ и дѣйствовалъ каждый изъ нихъ въ отдѣльности. Существуютъ идеи, чувства, которыя проявляются и переходятъ въ дѣятельность только въ толпѣ. Sighele, Psychologie des Auflaufs und der Massenverbrechen, 1897, пер. Kurella съ 2-го изд.; пер. 1-го изд. на франц. языкѣ La foule criminelle, par Vigny, 1893; 2-го изд. 1901, самого автора, значительно дополненное. Sighele ссылается на болѣе раннее изслѣдованіе Pugliere, Jl delitto collectivo, 1887 г.; ср. также Sighele, Psychologie de sectes 1898.

2) Эти свойства толпы прекрасно разсмотрѣны у Зигеле: «Толпа, говоритъ онъ (2 изд. стр. 60), представляетъ почву, на которой микробъ зла развивается очень легко, между тѣмъ какъ микробъ добра почти всегда замираетъ немедленно, не находя жизнепригодныхъ условій». Онъ объясняетъ это (стр. 66) самымъ составомъ толпы, въ которой, если не по численности, то по энергіи всегда преобладаютъ дурные элементы, праздные, слоняющіеся и всегда готовые образовать скопище или присоединиться къ таковому, а изъ людей порядка въ ней преобладаютъ натуры пассивныя, не волевыя. Дальнѣйшій же иногда поразительно быстрый ростъ преступности толпы находитъ свое объясненіе въ представленіи, иногда вполнѣ ошибочномъ, о несокрушимости силъ массы, опьяненіи успѣхомъ силы, въ преступленіяхъ кровавыхъ—пробужденіи звѣриной натуры человѣка. Поучительные примѣры изъ великой французской революціи и изъ исторіи коммуны у Taine, у Ducamp и др. Выдержки у Зигеле, глава 2-я—les foules criminelles.

расширенія наказуемаго соучастія включеніемъ въ пособничество заранѣе обѣщаннаго попустительства или укрывательства, т. е. дѣйствія, какъ онъ замѣчаетъ, послѣдующаго за преступленіемъ, а потому и не могущаго стать въ причинное къ нему отношеніе, представляется также не точнымъ, такъ какъ и доктрина и кодексы видятъ въ подобныхъ случаяхъ признаки пособничества въ заранѣе данномъ обѣщаніи, а не въ самомъ укрывательствѣ или попустительствѣ.

Дальнѣйшій упрекъ состоитъ въ указаніи на неполноту понятія о соучастіи (стр. 15), такъ какъ оно не объемлетъ содѣйствія неосторожнаго или даже и умышленнаго, но вполнѣ самостоятельнаго и независимаго отъ другихъ, а равно и проявленія дѣятельности извѣстныхъ профессій (служащихъ, адвокатовъ, врачей) или извѣстнаго промысла, которыя хотя и соприкасаются съ преступленіемъ, но наказываются какъ самостоятельные проступки. Но этотъ упрекъ, казалось бы, падаетъ подъ собственною тяжестью; доктрина говоритъ: мы выдѣляемъ изъ стеченія преступниковъ ту своеобразную форму, въ которой существуетъ солидарная отвѣтственность всѣхъ за каждаго и каждаго за всѣхъ, и образуемъ изъ этого понятіе соучастія въ техническомъ смыслѣ, а ее упрекаютъ въ томъ, что созданное такимъ образомъ понятіе соучастія не объемлетъ тѣхъ случаевъ, въ которыхъ эта солидарная отвѣтственность не имѣетъ мѣста; на это можно только сказать—да, не объемлетъ, но и не должно обнимать.

Наконецъ, послѣднее возраженіе, которое особенно оттѣняетъ проф. Фойницкій, говоря (стр. 20), что онъ въ виду его возстаетъ всѣми своими силами противъ непорядка вещей, создаваемаго теоріею соучастія, состоитъ въ томъ, что этимъ путемъ вводится отвѣтственность не только за себя, но и за другихъ, отвѣтственность не за свою, но и за чужую вину, чѣмъ нарушается коренной принципъ современнаго уголовнаго права, принципъ личной отвѣтственности, и вводится, институтъ, напоминающій quasi деликты эпохи Карпцова и Muyart de Vouglans,—но дѣло въ томъ, что общая вина не чужая вина и лицо, отвѣчающее за таковую, отвѣчаетъ за себя, а не за другихъ. Если оркестръ художественнымъ исполненіемъ классическаго творенія музыкальнаго генія вызвалъ въ очарованной дивной гармоніей звуковъ толпѣ бѣшеный восторгъ и неумолкаемый громъ рукоплесканій, то можетъ ли кто-нибудь изъ исполнителей въ отдѣльности гордо воскликнуть,—то мнѣ лишь дань, и хотя, конечно, степень вложеннаго труда и искусства будетъ у всѣхъ его членовъ далеко не одинакова, но не нарушитъ принципа воздаянія коемуждо по дѣламъ его трамбонистъ или барабанщикъ, принимая аплодисменты и отвѣчая поклономъ на привѣтъ публики, наравнѣ съ первою скрипкою или солистомъ флейтистомъ. Такъ и вложившійся въ общее преступное дѣло подговоромъ или пособничествомъ не можетъ фарисейски омывать руки, восклицая: не я обагрилъ кровью жертвы пожъ убійцы!

Конечно, если бы основою наказуемости была личная преступность, а не преступленіе, трудно было бы говорить объ общей преступности нѣсколькихъ лицъ; наказывая кого-либо за «выраженіе чужой преступности», мы бы уничтожили всякія границы судебнаго произвола, но современное право считаетъ пока объектомъ карательной дѣятельности не преступность, а преступленіе, и на этой основѣ построена доктрина о соучастіи [1]).

Да и къ какимъ практически непригоднымъ результатамъ приведетъ набросанная Фойницкимъ теорія индивидуальной виновности и отвѣтственности, при ея детальной разработкѣ. Если подстрекателя еще и можно признавать самостоятельнымъ виновнымъ по началу dominus causa—то же, что и causa causae, то при такой постановкѣ вопроса и относительно его будетъ трудно разобраться, напр., въ ученіи объ эксцессахъ исполнителя, о вліяніи недовершенія исполнителемъ задуманнаго, при опредѣленіи мѣста и времени учиненія имъ преступнаго дѣянія, но затрудненія еще болѣе возрастутъ при установленіи отвѣтственности исполнителей и соучастниковъ. Пр. Фойницкій говоритъ только (стр. 24), что въ этихъ случаяхъ примѣняются общія положенія о причинной связи, причемъ причиною должно быть признаваемо всякое дѣйствіе, *разсчитывающее* на помощь другихъ силъ; но онъ не даетъ обоснованій этой широкой субъективной теоріи причинности и не дѣлаетъ выводовъ изъ нея, равно какъ и не указываетъ, почему онъ ограничиваетъ ея примѣненіе только

---

1) Разборъ основнаго воззрѣнія проф. Фойницкаго о преступности какъ объектѣ наказуемости изложенъ далѣе въ ученіи о наказаніи.

исполнителями того дѣянія, хотя очевидно, что эта же формула можетъ быть съ полнымъ успѣхомъ распространена и на отвѣтственность всѣхъ пособниковъ, хотя бы и самыхъ отдаленныхъ, обращающихся также въ отдѣльныхъ виновныхъ. А затѣмъ мы по необходимости возвратимся къ хаосу старой доктрины о взаимныхъ отношеніяхъ переплетающихся въ ихъ дѣятельности многообразныхъ виновниковъ одного и того же посягательства.

Съ своей стороны, пр. Фойницкій относительно пособниковъ, не участвующихъ въ исполненіи дѣянія, полагаетъ, сколько можно понять изъ его изложенія, что постановленія о нихъ должны быть перенесены въ особенную часть и должны быть обсуждаемы по свойству ихъ дѣятельности и проявленнаго въ ней умысла, хотя, однако, при этомъ степень отвѣтственности такихъ пособниковъ будетъ опредѣляться и по важности наступившихъ отъ того послѣдствій. Самъ авторъ не попытался, впрочемъ, представить примѣровъ столь своеобразно конструируемыхъ преступныхъ дѣяній; на мой же взглядъ практическая неосуществимость такихъ правомечтаній едва ли можетъ возбудить сомнѣнія.

175. Но признавая общность вины, какъ основу солидарной отвѣтственности, характеристическимъ признакомъ соучастія, мы такимъ образомъ признаемъ, что каждый изъ соучастниковъ долженъ быть виновникомъ и совиновникомъ.

Въ силу этого условія соучастниками не могутъ быть, конечно, лица не дѣеспособныя или дѣйствующія при условіяхъ, устраняющихъ вмѣненіе, но затѣмъ возникаетъ вопросъ, распространяется ли понятіе соучастниковъ не только на виновниковъ умышленныхъ, но и на лицъ, дѣйствовавшихъ по неосторожности.

Несомнѣнно, что такое лицо можетъ быть виновникомъ, можетъ вкладываться одновременно съ дѣятельностью другихъ въ воспроизведеніе правовоспрещеннаго результата, быть наравнѣ съ другими однимъ изъ образующихъ его условій, но оно, по самому свойству неосторожности, не можетъ быть общникомъ въ винѣ другихъ, не можетъ нести отвѣтственности за совмѣстность его дѣйствія съ другими [1]).

---

1) Въ литературѣ встрѣчаются защитники и противоположнаго взгляда; такъ, изъ старо-нѣмецкихъ писателей такой взглядъ защищали: Herр, въ статьѣ: Beitrag zur Lehre von der Theilnahme въ Archiv 1848 г., стр. 336 и сл., Luden, а изъ новыхъ Buri, Schütze, Hälschner, §§ 177 и 178; а въ особенности Binding, Grundsätze, § 64, который обѣщаетъ посвятить неосторожному соучастію 3-й томъ Normen; изъ французскихъ криминалистовъ—Laborde, № 631, Molinier, Vidal; также Haus, Nypels. Даже Prins, Science, №549, видитъ здѣсь не соучастіе, а совокупность нарушеній, виновники которыхъ отвѣчаютъ каждый за учиненное имъ; H. Meyer, § 32, и Janka, § 67, II, признаютъ такое соучастіе мыслимымъ теоретически, но невозможнымъ съ точки зрѣнія германскаго и австрійскаго уложеній; практика нѣмецкая и комментаторы безусловно не допускаютъ соучастія неосторожнаго. Изъ нашихъ криминалистовъ за возможность такого соучастія высказываются: Колоколовъ, стр. 50, 118, и Сергѣевскій, Ученіе о причинной связи, стр. 79, пр. 2; пособія, стр. 302 и въ особенности, стр. 307. Профессоръ Сергѣевскій находитъ, что этотъ вопросъ не есть схоластическій, а имѣетъ несомнѣнное практическое значеніе, что за непризнаніемъ неосторожнаго соучастія останется безнаказаннымъ рядъ случаевъ. Далѣе, излагая постановку этого вопроса въ доктринѣ, авторъ находитъ, что съ развитіемъ ученія о причинной связи, снова получаетъ признаніе нѣкогда господствовавшая въ нѣмецкой доктринѣ теорія о неосторожномъ соучастіи, и заканчиваетъ свой обзоръ замѣчаніемъ Schütze, что противоположная доктрина представляетъ «den ebenso kahlen, wie kalten Satz». При этомъ и онъ, какъ и Herр, различаетъ неосторожное подстрекательство, виновничество и пособничество; но ни въ «Ученіи о причинной связи», ни въ «Пособіяхъ», авторъ не даетъ точныхъ указаній о томъ, имѣетъ ли онъ въ виду только неосторожное участіе въ неосторожныхъ преступныхъ

Это положеніе одинаково примѣнимо какъ къ неосторожному участію въ умышленномъ дѣйствіи другаго, такъ и къ умышленному участію въ неосторожномъ дѣйствіи другаго, а равно, наконецъ, и къ случаямъ совмѣстнаго учиненія неосторожности.

Наиболѣе очевидна правильность такой постановки въ случаяхъ перваго рода: кто-нибудь по небрежности оставилъ на столѣ склянку съ ядомъ, другое лицо воспользовалось этимъ ядомъ для чьего-либо отравленія; можемъ ли мы признать перваго неосторожнымъ пособникомъ отравленія и какое наказаніе мы ему назначимъ? Умышленное дѣйствіе привходящаго лица устранило всякую причинную связь неосторожности перваго и смерти, а потому не можетъ быть и рѣчи о его наказуемости.

Возьмемъ второй случай: кто-либо умышленно уговорилъ близорукаго стрѣлять въ лежащаго подъ кустомъ человѣка, увѣривъ его, что это заяцъ, тотъ выстрѣлилъ и убилъ наповалъ; признаемъ ли мы подговорившаго участникомъ лишенія жизни по неосторожности? Конечно, нѣтъ. Мы привлечемъ къ отвѣтственности стрѣлявшаго за неосторожность, а уговорившаго—за умыселъ, т. е. не признаемъ между ними общей виновности и не опредѣлимъ солидарной отвѣтственности.

Остается третій случай—совмѣстное причиненіе вреда по неосторожности. Представимъ себѣ, что произошло крушеніе желѣзнодорожнаго поѣзда,

---

дѣяніяхъ или и неосторожное участіе въ умышленномъ дѣяніи или даже умышленное соучастіе (подстрекательство) въ неосторожныхъ дѣяніяхъ. Повидимому (пособія стр. 308), онъ признаетъ примѣненіе соучастія ко всѣмъ видамъ неосторожнаго совиновничества, но въ такомъ случаѣ, въ виду признанія имъ начала отвѣтственности соучастника за все дѣяніе полностью, пришлось бы допустить (какъ это и дѣлаетъ Колоколовъ, стр. 118), что аптекарь, забывшій запереть шкафчикъ съ ядами, чѣмъ сознательно воспользовался кто-либо для отравленія, пойдетъ на каторгу, какъ неосторожный пособникъ къ умышленному убійству. Самъ Сергѣевскій въ послѣднемъ изданіи Пособій, замѣчаетъ, что никто не предлагаетъ наказывать неосторожнаго соучастника, какъ за умышленное дѣяніе, но тогда причемъ же будетъ примѣненіе къ этимъ случаямъ понятія о соучастіи? Что же касается неосторожнаго соучастія въ неосторожной дѣятельности, то и тамъ не представляется ни теоретической, ни практической необходимости распространенія на нихъ теоріи общей виновности и соучастія, такъ какъ каждый изъ такихъ лицъ, и сдѣлавшій неосторожное распоряженіе и оказавшій неосторожное, такъ сказать, медвѣжье содѣйствіе, будутъ отвѣчать за причиненный вредъ индивидуально, по общимъ началамъ о причинной связи (ср. любопытное рѣшеніе Reichsgericht'a 5 Дек. 1883, Entsch. X, 4). При этомъ нельзя не имѣть въ виду, что у г. Сергѣевскаго эта постановка вопроса представляетъ еще ту своеобразность, что онъ на неосторожныя дѣянія, какъ это было указано выше, смотритъ какъ на дѣйствія, умышленныя и опасныя, такъ что самое понятіе соучастія въ неосторожности представляется фиктивнымъ. Только этимъ, мнѣ кажется, можно объяснить, что онъ считаетъ свое воззрѣніе на возможность неосторожнаго соучастія общимъ положеніемъ, хотя самъ же говоритъ, что «юридическое понятіе соучастія опредѣляется знаніемъ каждаго изъ соучастниковъ о присоединяющейся дѣятельности другихъ соучастниковъ». Какое же можетъ быть знаніе при непредвидѣнной дѣятельности? Я, съ своей стороны, также считаю вопросъ о неосторожномъ соучастіи практически важнымъ, но только совершенно съ иной стороны: я полагаю, что эта попытка воскресить отжившее ученіе, вмѣстѣ съ внесеннымъ въ германскій кодексъ различіемъ совиновничества и соучастія, такъ облюбованнымъ новою нѣмецкою доктриною,—снова грозятъ сдѣлать теоретическія изслѣдованія о соучастіи непригодными ни для законодательства, ни для практики. Опасность эта подтверждается появленіемъ за послѣднее время спеціальныхъ монографій по сему праздному вопросу: Helmer, Ueber den Begriff der fahrlässigen Thäterschaft, 1895; Bintz, Die Theilnahme bei fahrlässigbegangenen Handlungen, 1895.

причемъ выяснилось, что причина его заключалась въ томъ, что рабочіе, поправлявшіе путь, уходя на отдыхъ, оставили на немъ, по явной неосторожности, старые рельсы, инструменты, а вновь опредѣленный сторожъ, который наблюдалъ за путемъ, хотя и замѣтилъ опасность, грозившую поѣзду, но, благодаря своей неопытности или глупости, не сумѣлъ выставить предостерегательнаго знака; мы привлечемъ къ отвѣтственности рабочихъ, виновныхъ въ загроможденіи пути, сторожа, не выставившаго надлежащаго знака, и, можетъ быть, даже лицо, опредѣлившее на службу завѣдомо неспособнаго сторожа, но можемъ ли мы признать всѣхъ этихъ лицъ, и по закону, и по существу дѣла, соучастниками? Постановка вопроса, конечно, не измѣнится, когда мы предположимъ, что неосторожная дѣятельность обвиняемыхъ была и одновременна и даже однородна. Зажегшій по неосторожности легко воспламеняющійся матеріалъ и присутствовавшій при этомъ, схватившій по растерянности жестянку съ керосиномъ и полившій зажженное, могутъ каждый отвѣчать за неосторожность, но не будутъ соучастниками. Виновность каждаго, несмотря на общую ихъ судимость и отвѣтственность, сохраняетъ свой индивидуальный характеръ: индивидуально обсуждается не только размѣръ неосторожности, проявленной каждымъ виновнымъ, но и самое ея бытіе; связь между ними имѣетъ чисто объективный характеръ [1]). Наше уголовное уложеніе, ставя условіемъ соучастія соглашеніе, или, по крайней мѣрѣ, завѣдомость объ общей дѣятельности, исключаетъ возможность вопроса о неосторожномъ соучастіи.

176. Слѣдовательно, общность вины предполагаетъ наличность умысла у каждаго вкладывающагося въ дѣяніе. При этомъ такимъ субъективно связующимъ условіемъ является главный элементъ умысла—намѣреніе; что же касается другихъ элементовъ умысла: мотива, цѣли или плана, то за исключеніемъ тѣхъ дѣяній, въ законный составъ коихъ входитъ прямое указаніе на бытіе опредѣленной цѣли или плана, единство этихъ элементовъ не представляется существеннымъ. Участвовавшіе въ убійствѣ останутся соучастниками, хотя бы одинъ дѣйствовалъ изъ личной мести, а другой изъ корысти, хотя бы одинъ душилъ жертву, а другой ударилъ ее ножемъ. Одинъ дѣйство-

---

1) На этихъ случаяхъ останавливаются преимущественно новые нѣмецкіе криминалисты, допускающіе возможность неосторожнаго совиновничества, подводя его подъ понятіе Mitthäterschaft германскаго кодекса, что съ практической стороны представляется возможнымъ потому, что при этомъ видѣ совиновничества каждый виновникъ дѣйствуетъ самостоятельно. Liszt, § 50, возражая противъ практической возможности неосторожнаго соучастія, правильно предлагаетъ называть эти случаи для избѣжанія недоразумѣнія Nebenthäterschaft, а не Mitthäterschaft. Нѣкоторые французскіе криминалисты (ср. Garraud, II № 238), не допуская неосторожнаго соучастія въ умышленныхъ проступкахъ, допускаютъ неосторожное содѣйствіе неосторожнымъ поступкамъ; такую же возможность признаетъ и практика: въ рѣшен. кассац. суда 8 Сентября 1831 г., 30 Ноября 1887 г. указано, что признаніе кого-либо неосторожнымъ участникомъ въ неосторожномъ лишеніи жизни или въ таковомъ же покушеніи не заключаетъ въ себѣ юридическаго противорѣчія, но въ рѣшеніи 22 Ноября 1895 г. судъ высказался противъ возможности неосторожнаго соучастія. При составленіи голландскаго уложенія изъ опредѣленія совиновниковъ исключено условіе умышленности въ виду возможности совмѣстнаго исполненія нѣсколькими одного неосторожнаго поступка. Ср. Van Swinderen, I, стр. 213.

валъ въ состояніи запальчивости, а другой оказалъ ему содѣйствіе вполнѣ хладнокровно, побудилъ выполнить давно уже задуманный планъ; самый умыселъ, въ особенности по отношенію къ соучастникамъ, не бывшимъ непосредственными исполнителями, кромѣ общихъ элементовъ или сознанія и допущенія сознанія и хотѣнія, долженъ заключать въ себѣ и представленіе о совмѣстной дѣятельности, направленной къ достиженію общими усиліями общаго посягательства на правоохраненный интересъ [1]).

Объединеніе въ виновности, умышленное примкнутіе къ общей дѣятельности можетъ состояться или путемъ переговоровъ, взаимнаго воздѣйствія, прямаго соглашенія, и притомъ какъ во время самаго дѣйствованія, такъ и во время предшествовавшее[2]); или же это общеніе можетъ быть выражено такою дѣятельностью, которая служила бы наглядным доказательствомъ соглашенія, какъ для другихъ соучастниковъ, такъ и для суда; въ силу этого, мы можемъ себѣ представить и какъ бы одностороннее соглашеніе, какъ условіе соучастія. Подстрекнутый можетъ молча выслушать подговоръ, не дать никакого отвѣта или даже высказать сомнѣніе о возможности или необходимости выполненія предложеннаго, и тѣмъ не менѣе потомъ, выполненіемъ того, къ чему подговаривали, доказать, что сѣмя упало на добрую почву, что подговоръ подѣйствовалъ; точно также пособникомъ можетъ быть признанъ и тотъ, кто, зная, что другое лицо рѣшилось совершить убійство, не говоря, однако, ему ни слова, доставляетъ орудіе убійства; при этомъ даже можемъ себѣ представить, что исполнитель, въ моментъ учиненія преступленія, и не зналъ, кто и какимъ образомъ доставилъ ему это орудіе [3]).

По объему своему соглашеніе въ вышеуказанномъ смыслѣ можетъ относиться или ко всему дѣянію или только къ какой-либо его части; послѣднее въ особенности возможно, когда самое преступное дѣяніе представлялось сложнымъ.

177. Соглашеніе, какъ выраженіе объединенія въ виновности, должно предшествовать учиненію преступнаго дѣянія или, по крайней мѣрѣ, предшествовать тому акту, въ которомъ выразилось участіе даннаго обвиняемаго. Но это соотношеніе между рѣшимостью дѣйствовать сообща и дѣйствительнымъ участіемъ, такъ же, какъ и при совершеніи отдѣльнаго преступнаго дѣянія, можетъ имѣть различные оттѣнки.

Такъ, наше уложеніе 1845 г., по примѣру большинства современныхъ ему нѣмецкихъ кодексовъ, внесло неизвѣстное прежде нашему праву [4]) различіе двухъ главныхъ видовъ соучастія: учиненіе преступленія по предварительному всѣхъ или нѣкоторыхъ виновныхъ на то согласію, или безъ онаго, причемъ по смыслу его постановленій различіе относилось именно къ «предва-

---

1) Ср. Birkmeyer, в. с., § 65.

2) Нѣкоторые нѣмецкіе криминалисты, напр., Temme, изъ новыхъ Schütze, ограничивали соучастіе этимъ условіемъ—die vorangegangene gegenseitige Uebereinkunft und Einverständniss; но противъ этого, въ виду неправильности и недостаточности такой постановки—Birkmeyer, § 66; Borchert, § 6, а также Liszt, Merkel, H. Meyer, Geyer въ ихъ замѣчаніяхъ на нашъ проектъ уголовнаго уложенія.

3) H. Meyer, § 32; Жиряевъ, стр. 115; Langenbeck, Theilnahme, стр. 248.

4) Составители уложенія объясняли, что они внесли это различіе по тѣмъ же основаніямъ, по коимъ было внесено различіе между предумышленіемъ и умысломъ внезапнымъ.

рительности», такъ какъ соглашеніе являлось условіемъ каждаго вида. Предварительность соглашенія разсматривалась какъ обстоятельство, усиливающее вину, а потому при разсмотрѣніи дѣлъ съ присяжными засѣдателями наличность его должна была быть прямо или косвенно установлена ими [1]). Сверхъ сего, въ особенной части уложеніе 1845 г. упоминало еще о третьемъ видѣ соучастія—о шайкѣ.

Новыя западно-европейскія законодательства не сохранили различія двухъ первыхъ типовъ, примѣняя къ обоимъ общія правила о соучастіи; но спеціальныя постановленія о шайкѣ существуютъ во многихъ новыхъ кодексахъ. Эта же система была принята и при составленіи нашего уголовнаго уложенія, потому что, какъ замѣчаетъ объяснительная записка, различіе скопа и сговора, имѣющее несомнѣнно правильное теоретическое основаніе и вытекающее изъ существа соучастія, не представляетъ, однако, практическаго значенія и не должно имѣть мѣста въ кодексѣ.

Соучастіе безъ предварительнаго соглашенія, или, какъ назвалъ его проф. Жиряевъ (стр. 102), скопъ (concursus accidentalis, zufällige Mitthäterschaft) [2]), предполагаетъ, что соединеніе нѣсколькихъ лицъ въ одно цѣлое относится къ самому моменту дѣйствія. Такое единеніе можетъ возникнуть иногда въ томъ случаѣ, когда двое или нѣсколько лицъ, задумавшихъ какое-либо преступное дѣяніе, сходятся неожиданно другъ съ другомъ и выполняютъ совмѣстно задуманное; но всего чаще этотъ видъ предполагаетъ, что самое намѣреніе у нѣсколькихъ лицъ возникло внезапно, на самомъ мѣстѣ дѣйствія. Таковы, напр., случаи соучастія во внезапно возникшей дракѣ, учиненіе отдѣльныхъ преступныхъ дѣяній во время народныхъ волненій, когда нерѣдко убійства, поджоги совершаются кучкою людей подъ вліяніемъ зажигательной рѣчи, мѣтко брошеннаго слова и т. п. Къ скопу близко подходятъ и случаи учиненія преступныхъ дѣяній толпою.

Скопъ, конечно, предполагаетъ не только общность умысла, но, согласно условіямъ своего возникновенія, общность дѣйствія во времени и по мѣсту, безотносительно, однако, къ самому характеру и объему дѣятельности [3]). Если нѣсколько человѣкъ совершили скопомъ посягательство на жизнь, положимъ, мужа и жены, изъ которыхъ первый умеръ, а вторая получила только смертельную рану, то за оконченное убійство будутъ отвѣчать и тѣ участники, которые наносили удары женѣ; при совершеніи скопомъ поджога,

---

1) Р. у. к. д. 67/190, Абрамовой; 67/263, Достакова; 67/317, Пологина; 69/721, Авловыхъ; 76/217, Левтѣева и др.

2) Жиряевъ, впрочемъ, ограничивалъ это понятіе только совиновничествомъ, или равновиновничествомъ, не распространяя это понятіе на отношенія главныхъ виновниковъ и участниковъ.

3) Условіе сознанія взаимной помощи особенно оттѣняетъ Кестлинъ, N. Revision, § 149, System § 103; въ системѣ онъ указываетъ, что лица, одновременно дѣйствующія in culpa и даже in dolo, не будутъ соучастниками, если они не знали другъ о другѣ; безъ бытія единства воли (Willenseinheit), нѣтъ соучастія. Еще далѣе идетъ Berner, Theilnahme, стр. 348. который ставитъ условіемъ, чтобы каждый дѣйствовалъ не только въ свое имя, но и во имя другихъ. Съ такимъ положеніемъ согласиться нельзя; изъ идеи соучастія можно вывести требованіе сознанія взаимной помощи, сознанія общности намѣренія, но не общности интересовъ или цѣли.

за него будутъ наказаны и тѣ, которые подкладывали зажженные матеріалы, и тѣ, которые добывали огонь или стояли на караулѣ.

Другой видъ составляетъ соучастіе по предварительному соглашенію—сговоръ. Если всѣ сговорившіеся совмѣстно выполнили задуманное, то этотъ видъ соучастія будетъ совершенно сходенъ со скопомъ; но въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ такого условія нѣтъ, сговоръ можетъ имѣть и нѣкоторыя своеобразныя черты. Во-1-хъ, сговоръ можетъ быть не на одно, а на нѣсколько преступныхъ дѣяній, совершаемыхъ одновременно или разновременно въ одномъ и разныхъ мѣстахъ, такъ что онъ можетъ и не предполагать общности дѣйствія по мѣсту и времени; во-2-хъ, при сговорѣ могутъ быть такіе соучастники, которые не принимаютъ никакого участія въ исполненіи и притомъ или случайно, или по свойству той роли, которую они играютъ въ соучастіи; въ-3-хъ, отвѣтственность за сговоръ возможна и тогда, когда сообщники не приступали къ выполненію задуманнаго.

Такимъ образомъ, сговоръ какъ бы совмѣщаетъ въ себѣ понятіе скопа, но съ извѣстнымъ придаткомъ.

Въ старой доктринѣ, въ особенности нѣмецкой, во время Фейербаха и Грольмана, изъ понятія соучастія по предварительному соглашенію выдвигался еще, какъ особый видъ, комплотъ, заговоръ, въ которомъ предполагалось не только прямое соглашеніе между соучастниками, но наличность взаимнаго подстрекательства, такъ что каждый изъ соучастниковъ являлся и подстрекателемъ, и подстрекнутымъ [1]) а потому каждый изъ участниковъ предполагался дѣйствующимъ предумышленно и самый complott разсматривался какъ тягчайшая форма соучастія. Но это ученіе, безполезное практически и допускающее сильныя возраженія теоретическія, благодаря положенной въ основу его явно несостоятельной фикціи взаимнаго подстрекательства соучастниковъ, нынѣ отброшено, а замѣнившее его въ германскомъ кодексѣ и литературѣ понятіе совиновничества «Mitthäterschaft» покоится, какъ мы увидимъ далѣе, на объективныхъ, а не на субъективныхъ основаніяхъ [2]), на условіяхъ дѣятельности, а не на условіяхъ соглашенія.

Въ другихъ кодексахъ, напр., въ code pénal, слѣды этого ученія сохранились только при преступленіяхъ политическихъ.

Предварительное соглашеніе можетъ относиться или къ одному или ко многимъ преступнымъ дѣяніямъ; но уже при самой первоначальной постановкѣ ученія о комплотѣ Фейербахомъ и Грольманомъ послѣдніе случаи были выдѣлены въ особый видъ соучастія—шайку, который и понынѣ сохранилъ свое самостоятельное мѣсто и въ законодательствахъ и въ доктринѣ, хотя въ опредѣленіи шайки замѣчается значительное различіе.

---

1) Ср. болѣе подробныя указанія по этому вопросу и его литературу въ моемъ курсѣ, III, № 423; подробно изложено ученіе о комплотѣ у Schütze, Theilnahme, стр. 204—228; ср. также Zachariae, Die Bedeutung des Complottbegriffs in heutigen deutschen Strafrecht, 1874 г.; разборъ ученія о комплотѣ у Ortmann, Ueber die Fictionen der Ursachlichkeit in der Lehre von der Theilnahme, въ G. за 1876 г., стр. 96 и сл.; Stutte, Complott und Bande, 1886 г.

2) Изъ новыхъ нѣмецкихъ криминалистовъ въ защиту старой доктрины высказались: Köstlin, Hälschner, Langenbeck, а въ особенности Schwarze.

Со стороны субъективной, шайка предполагаетъ соглашеніе на нѣсколько преступныхъ дѣяній, на цѣлый ихъ рядъ, и притомъ соглашеніе, не періодически повторяющееся, а общее на постоянную преступную дѣятельность. Этимъ признакомъ шайка главнымъ образомъ и отличается отъ сговора на отдѣльное преступленіе, который также можетъ быть повторяемъ.

Соглашеніе можетъ относиться или къ опредѣленному роду преступной дѣятельности—шайки сбытчиковъ фальшивыхъ денегъ, конокрадовъ, или къ разнымъ родамъ—шайки, составившіяся для поджоговъ, кражъ и даже убійствъ при случаѣ.

Соглашеніе можетъ состояться на неопредѣленное время или можетъ быть ограничено извѣстнымъ мѣстомъ и временемъ, какъ, напр., шайки мошенниковъ, шулеровъ, отправляющихся, положимъ, въ Нижній Новгородъ, на время ярмарки.

Преступныя дѣянія, ради коихъ составляется шайка, по самому условію ея возникновенія, намѣчаются обыкновенно только въ общихъ родовыхъ чертахъ; но утрачиваетъ ли соучастіе характеръ шайки, если предположенныя ею преступныя дѣянія были намѣчены индивидуально? Нѣмецкая доктрина, старая, а отчасти и новая [1]), обусловливаетъ понятіе шайки отсутствіемъ такой индивидуальной опредѣленности; но едва ли это ограниченіе вполнѣ основательно. Существо шайки, какъ справедливо замѣчаетъ Н. Неклюдовъ (рук. особ., III, стр. 304), заключается въ постоянномъ характерѣ сообщества, въ обращеніи членами шайки преступной ихъ дѣятельности какъ бы въ ремесло, а это, конечно, возможно, хотя и въ видѣ исключенія, и при опредѣленности задуманныхъ преступныхъ дѣяній [2]). Почему лица, предположившія совершать, въ цѣляхъ грабежа, послѣдовательные поджоги въ какомъ-либо городѣ,—будутъ разсматриваться какъ члены шайки, а лица, согласившіяся также послѣдовательно совершать поджоги, положимъ, провіантскихъ магазиновъ,—составятъ простой сговоръ.

Со стороны объективной, шайка предполагаетъ соглашеніе нѣсколькихъ лицъ, хотя бы и двухъ. Правда, въ рѣшеніи угол. кассац. депар., по дѣлу Ефимова (69/613), указана, какъ условіе шайки, наличность по крайней мѣрѣ трехъ сообщниковъ, но въ подкрѣпленіе своего толкованія Сенатъ сослался только на общепринятое мнѣніе [3]).

---

1) Такое положеніе защищаютъ: Berner, Köstlin, Liszt, H. Meyer, Janka. Жиряевъ (стр. 120) говоритъ: «Неопредѣленность преднамѣренныхъ преступленій составляетъ существенный признакъ шайки, въ коемъ одномъ надлежитъ искать основаній высшей наказуемости преступленій, совершенныхъ шайкою; и простые заговорщики могутъ имѣть въ виду нѣсколько преступленій, напр., нѣсколько смертоубійствъ, или смертоубійство и зажигательство; но эти преступленія должны быть опредѣлены и по числу, и по предмету, тогда какъ шайки составляются на нѣсколько еще неопредѣленныхъ въ отдѣльности преступленій». Но тогда, очевидно, является вопросъ: почему неопредѣленность задуманныхъ преступленій должна служить основаніемъ для усиленія отвѣтственности?

2) То же Сергѣевскій, стр. 319.

3) См. возраженія у Н. Неклюдова, рук. особ., III, стр. 300; онъ справедливо указываетъ въ числѣ доводовъ и на мотивы къ ст. 1106 проекта уложенія 1845 г. Еще Жиряевъ (стр. 121) называлъ требованіе наличности по крайней мѣрѣ трехъ соучастниковъ предразсудкомъ. Изъ новыхъ кодексовъ только баварскій 1861 г. сохранилъ это требованіе, а дѣйствующее германское уложеніе довольствуется двумя участниками; такъ, по крайней мѣрѣ, разъясняютъ его постановленія комментаторы. Code pénal не указываетъ числа соучастниковъ и прежніе комментаторы, напр., Carnot, т. I,

Этою возможною малочисленностью шайки разрѣшается и другой вопросъ, бывшій нѣкогда спорнымъ, объ ея іерархической организаціи. При словѣ шайка, предъ нами прежде всего рисуются наши поволжскія шайки съ атаманами и есаулами или средневѣковыя банды феодальной Европы; но это—уже образъ минувшаго. Конечно, и теперь можно встрѣтить шайки организованныя, дисциплинированныя, построенныя на принципѣ безусловнаго подчиненія выборнымъ руководителямъ; но рядомъ съ ними встрѣчаются шайки и въ болѣе простѣйшей формѣ, безъ всякой іерархической организаціи, въ которыхъ взаимныя отношенія членовъ сводятся къ общему понятію о виновникахъ и сообщникахъ или даже пособникахъ [1]).

Чѣмъ обширнѣе по своему объему шайка, чѣмъ строже она организована, тѣмъ болѣе значенія и опасности представляетъ она для общества; но даже и при меньшихъ размѣрахъ шайка является наиболѣе опаснымъ видомъ преступнаго соучастія: продолжительная преступная дѣятельность, опытность, знаніе лицъ и мѣстъ, удобныхъ для сбыта плодовъ, добытыхъ преступленіемъ, съ одной стороны, облегчаютъ самое совершеніе преступныхъ дѣяній, а съ другой—даютъ наибольшую возможность скрыть слѣды преступной дѣятельности и скрыться самимъ отъ кары закона [2]).

Въ нашемъ правѣ спеціальныя постановленія о шайкахъ появились только съ уложенія 1845 г. и притомъ не въ общей, а въ особенной части, въ постановленіяхъ о наказуемости составленія шаекъ и объ учиненіи нѣкоторыхъ преступныхъ дѣяній шайкою, какъ объ обстоятельствѣ, усиливающемъ отвѣтственность.

При этомъ уложеніе не опредѣляло понятія шайки и хотя въ ст. 923, 924 (по изд. 1885 г.) оно говорило о шайкѣ, какъ о сообществѣ, составившемся для совершенія ряда преступленій, но затѣмъ въ другихъ статьяхъ упоминалось (ст. 1633, 1639, 1645) о шайкахъ, составившихся *для того* или вообще для преступленій сего рода. Конечно, эту неудачную характеристику шайки можно было разъяснить въ смыслѣ различія шаекъ, составившихся для *опредѣленныхъ* или неопредѣленныхъ преступныхъ дѣяній, но наша практика [3]) понимала эти выраженія буквально и создала понятіе

стр. 726, считали необходимымъ для бытія шайки не менѣе 5 членовъ, а новые, F. Hélie, Blanche, Garraud, отвергаютъ всякія ограниченія въ числѣ членовъ.

1) Французскій кодексъ въ постановленіяхъ объ association des malfaiteurs (ст. 266) говоритъ, что шайка существуетъ, какъ скоро она организовалась, или когда начались сношенія между отдѣльными частями шайки или ихъ начальниками, или состоялось соглашеніе относительно отчетности или распредѣленія или дѣлежа добычи, поэтому и французскіе криминалисты говорятъ объ организаціи, какъ условіи шайки, но большинство изъ нихъ подъ словомъ organisation понимаютъ моментъ составленія шайки, начало ея существованія, а не іерархическую соподчиненность ея членовъ. Напротивъ того, Garraud, II, № 359, требуетъ для шайки въ отличіе отъ «attroupement» наличности іерархіи. Berner, Theilnahme, стр. 490, въ своемъ извѣстномъ картинномъ описаніи шайки, какъ государства въ государствѣ, замѣчаетъ, что по своему устройству шайки могутъ быть демократическія, аристократическія и монархическія.

2) Партикулярные нѣмецкіе кодексы—баварскій 1813 г., ганноверскій, гессенскій, брауншвейгскій, говорили о шайкѣ въ общей части; но нынѣ дѣйствующіе кодексы упоминаютъ о ней только въ части особенной.

3) Р. у. к. д. 69/613, Ефимова; 75/165, Мокіева. Ср. разборъ этой практики Сената у Н. Неклюдова, рук. особ., III. стр. 302—303.

шайки, составившейся для совершенія единичнаго преступленія, понятіе, столь трудно отличимое отъ обыкновеннаго соглашенія на преступленіе.

Дѣйствующее уголовное уложеніе устранило всякія сомнѣнія въ семъ отношеніи, противополагая въ 43 ст. участіе въ сообществѣ, составившемся для учиненія отдѣльнаго преступленія или проступка, участію въ шайкѣ, составившейся для учиненія нѣсколькихъ преступленій или проступковъ, безотносительно къ ихъ опредѣленности или неопредѣленности.

178. Соучастіе, независимо отъ общности вины, предполагаетъ общность преступной дѣятельности, все равно, будетъ ли послѣдняя, смотря по свойству соучастія, однородная или разнородная, простая или сложная, одновременная или разновременная, предполагаемая или уже осуществляемая.

Во всякомъ случаѣ, эта дѣятельность должна быть преступною. То дѣяніе, по поводу коего нѣсколько лицъ привлекаются къ отвѣтственности, должно быть не только воспрещено закономъ подъ страхомъ наказанія, но и не должно заключать въ себѣ такихъ условій, которыя бы, на основаніи закона, устраняли преступность. На этомъ основаніи, если учиненное признается выполненнымъ въ состояніи необходимой обороны или вслѣдствіе обязательнаго приказа, то въ такомъ дѣяніи не можетъ быть преступнаго соучастія. Если законъ по какимъ-либо основаніямъ находитъ необходимымъ наказывать соучастіе и въ непреступной дѣятельности, то онъ долженъ сдѣлать объ этомъ особыя постановленія; таковы, напр., постановленія о наказуемости пособничества или подстрекательства къ самоубійству въ тѣхъ кодексахъ, въ коихъ самоубійство не почитается преступнымъ [1]); наказуемость сводничества; содѣйствіе освобожденію арестантовъ; устройство азартныхъ игръ и т. п. [2]). При этомъ въ понятіе дѣятельности входитъ, конечно, преступное бездѣйствіе, будетъ ли это неисполненіе извѣстнаго требованія закона—бездѣйствіе въ тѣсномъ смыслѣ, или нарушеніе запрета путемъ невмѣшательства; хотя нельзя не прибавить, что, по самымъ условіямъ этихъ формъ проявленія виновности, объемъ лицъ, могущихъ быть соучастниками въ нихъ, будетъ нѣсколько иной, такъ, напр., не исключая лицъ, вызывающихъ преступное посягательство, т. е. подговоръ или подстрекательство, эта форма весьма ограничиваетъ число лицъ, могущихъ содѣйствовать таковому невмѣшательству, и вовсе исключаетъ, благодаря отсутствію положительнаго момента, возможность совмѣстнаго исполнительства.

Эта объективная сторона соучастія, въ свою очередь, можетъ служить основаніемъ для различенія видовъ соучастія.

Такъ, наше уголовное уложеніе различаетъ соучастіе въ видѣ простаго соглашенія на преступную дѣятельность, не имѣвшаго послѣдствій, и соучастіе въ тѣсномъ смыслѣ, когда согласившіеся выполнили какую-либо роль въ учиненномъ совмѣстно дѣяніи, причемъ тѣмъ самымъ обрисовывается и третій типъ соучастія, когда изъ нѣсколькихъ лицъ, привлекаемыхъ по данному

---

1) Подробно разсмотрѣнъ этотъ вопросъ въ любопытномъ рѣшеніи германскаго Reichsgericht'а 9 Іюня 1884 г., (Entsch. XI, № 15).

2) Ср. Borchert, в. с., стр. 2 и сл.

дѣлу въ качествѣ соучастниковъ, одни обвиняются, какъ соучастники въ тѣсномъ смыслѣ, а другіе, какъ только согласившіеся, но въ учиненіе дѣянія не вложившіеся.

Это дѣленіе соучастія, построенное на признакѣ осуществленія предположенной преступной дѣятельности, аналогично съ разсмотрѣннымъ нами ученіемъ о степеняхъ осуществленія преступной воли и имѣетъ существенное значеніе для опредѣленія отвѣтственности соучастниковъ.

Иное объективное дѣленіе усвоено германскимъ кодексомъ, а за нимъ и новою германскою литературою [1]), различающими въ соучастіи два вида: совиновничество, Mitthäterschaft, когда каждый виновный является не только равно виновнымъ, но когда дѣятельность всѣхъ соучастниковъ обрисовывается одинаково, какъ дѣятелей, выполнившихъ самое преступное дѣяніе, и участіе, Theilnahme, въ качествѣ подстрекателей или пособниковъ, когда кромѣ исполнителя являются и другіе участники, причемъ, конечно, обѣ эти формы допускаютъ комбинацію между ними, когда въ одномъ дѣлѣ является и нѣсколько совиновниковъ и нѣсколько участниковъ.

179. Общность вины и дѣятельности, хотя и влечетъ за собою солидарную отвѣтственность всѣхъ участниковъ, но вовсе не уничтожаетъ всякое индивидуальное различіе между ними; жизненная преступная драма, какъ и воспроизведеніе жизни на сценѣ, требуя надлежащаго выполненія, игры и дѣйствія всего персонала, различаетъ тѣмъ не менѣе по свойству ролей главныхъ и второстепенныхъ участниковъ, до исполняющихъ роли безъ словъ включительно, придавая имъ различную оцѣнку. Потому разсмотрѣніе типовъ соучастниковъ, ихъ характеристическихъ признаковъ, условій отвѣтственности и т. д., составляетъ одинъ изъ важнѣйшихъ отдѣловъ ученія о соучастіи.

Изъ западно-европейскихъ законодательствъ французское различаетъ два основные типа—«coauteurs» [2]) виновниковъ, которые физически выполнили дѣяніе или прямо содѣйствовали его выполненію, и «complices», участниковъ, которые или подстрекали къ учиненію дѣянія, давали совѣты и указанія, или доставляли средства, необходимыя для совершенія преступленія, или же завѣдомо помогали или содѣйствовали выполненію преступленія [3]). Подобную же систему принимаютъ бельгійское, голландское и итальянское уложенія, относя, однако, подстрекателей къ виновникамъ,

Несравненно сложнѣе является классификація партикулярныхъ нѣмецкихъ кодексовъ, посвящавшихъ соучастію цѣлые десятки статей [4]). Но дѣйствующее германское уло-

---

1) Hirsch, Mitthäterschaft und Beihilfe, 1881; J. Schmidt, Mitthäterschaft; Forke, Die begriffliche Unterscheidung zwischen Urheberschaft und Beihilfe, 1890; Hälschner, Die Mitthäterschaft im Sinne des deutschen Strafgesetzbuches въ G. за 1873; другія литературныя указанія у H. Meyer, § 33.

2) Болѣе подробно изложенъ этотъ вопросъ въ моемъ курсѣ, III, № 432 и сл.; тамъ же указанія литературы по исторіи вопроса; возраженія противъ классификаціи французскаго кодекса у Garraud, II, № 244.

3) Этотъ послѣдній типъ участія такъ близко подходитъ къ понятію совиновничества, что, напр., Blanche, Etudes, II, № 20, находитъ различіе неуловимымъ. Къ complices по французскому праву приравниваются и нѣкоторые виды прикосновенныхъ. По проекту новаго французскаго кодекса въ числѣ соучастниковъ особо упомянуты лица, публично возбуждавшія къ учиненію преступленія.

4) Ср. обзоръ законодательныхъ постановленій у Geyer'a въ Holtzendorf's Handbuch, § 37; на сложной системѣ нѣмецкихъ партикулярныхъ кодексовъ отразилась постановка этого ученія въ

женіе (§§ 47—50), а за нимъ венгерское (§§ 69 и 70) упростили эту систему, сведя всѣхъ соучастниковъ къ тремъ типамъ: совершителей, т. е. лицъ, выполнившихъ преступное дѣяніе, подстрекателей, умышленно опредѣлившихъ другихъ къ учиненію преступнаго дѣянія, и пособниковъ, завѣдомо помогавшихъ виновному совѣтомъ и дѣломъ [1]).

Въ древнѣйшихъ памятникахъ нашего права [2]) мы находимъ нѣкоторыя указанія на соучастіе только при имущественныхъ преступленіяхъ, а именно при кражѣ. Такъ, Русская Правда (списс. Троиц. ст. 37) говорила: Аже крадетъ кто скотъ въ хлѣвѣ или клѣти то же боудеть одинъ, то платити ему 3 гривны и 30 кунъ, будетъ ли ихъ много, всѣми по 3 гривны і по 30 кунъ платити (то же ст. 38, 39); въ другихъ спискахъ, напр., академическомъ, даже указано число соучастниковъ—въ одномъ случаѣ 18, въ другомъ 10. Изъ этихъ постановленій видно, что Правда признавала два главныя положенія: а) что учиненное въ полномъ объемѣ вмѣнялось каждому изъ соучастниковъ и б) что отвѣтственность всѣхъ соучастниковъ была одинакова, безотносительно къ характеру и участію каждаго. Кромѣ того, Русская Правда во многихъ статьяхъ говоритъ объ укрывательствѣ виновныхъ, а именно холопа, и объ укрывательствѣ краденаго, но всегда разсматриваетъ эти дѣянія какъ самостоятельные проступки [3]).

Судебники умалчиваютъ о соучастіи, какъ и о другихъ условіяхъ преступленія, но въ отдѣльныхъ губныхъ грамотахъ обращается особое вниманіе на главное зло той эпохи, на пристанодержателей разнаго рода, которые приравнивались къ виновнымъ—межъ себя обыскавъ и пытавъ накрѣпко и доведчи на нихъ вправду, казнити смертью же [4]).

Уложеніе Алексѣя Михаиловича довольно часто говоритъ объ участникахъ, но не даетъ выработанной системы. Во всякомъ случаѣ изъ его отдѣльныхъ постановленій можно вывести: 1) что всѣ совмѣстно совершившіе преступленіе наказывались наравнѣ (гл. XXII, ст. 2); 2) что интеллектуальные виновники наказывались безусловно наравнѣ съ физическими (ст. 19); 3) пособники и участники (товарищи) въ одномъ случаѣ, а именно, при наѣздѣ на чужой дворъ скопомъ или заговоромъ, окончившемся смертью—наказывались слабѣе виновныхъ, а въ другихъ случаяхъ, напр., при политическихъ преступленіяхъ наравнѣ; то же при разбоѣ.

Въ воинскомъ уставѣ Петра Великаго система приравненія получила полное господство: что одинъ черезъ другого чинитъ, почитается такъ, яко бы онъ самъ то учинилъ; оные, которые въ воровствѣ конечно вспомогали или о воровствѣ вѣдали и отъ того часть

доктринѣ (даже у Фейербаха, Вехтера), гдѣ дробимость этихъ типовъ достигала ужасающихъ размѣровъ. Достаточно указать на то, что, напр., Borst, въ его статьѣ Ueber die Theilnahme an einem Verbrechen und über die Nothwendigkeit deren verschiedene Arten und Abstufungen näher zu unterscheiden въ Archiv, VII, стр. 670 и сл., дѣлитъ при помощи бинома Ньютона соучастниковъ на 12 родовъ и 42 степени. Даже Жиряевъ, вообще безусловно слѣдующій за нѣмецкими авторитетами, замѣчаетъ (стр. 31), что статья Борста имѣетъ странный, чтобы не сказать чудовищный видъ.

1) Швейцарскій проектъ, въ окончательной редакціи, хотя и различаетъ три основные типа участниковъ, но избѣгаетъ всякой терминологіи, говоря о лицахъ, опредѣлившихъ исполнителя (Thäter, auteur) и помогавшихъ ему: первые наказываются наравнѣ, а послѣдніе слабѣе. Наиболѣе оригинальна постановка вопроса о соучастіи въ норвежскомъ проектѣ, который упоминаетъ о немъ въ раздѣлѣ объ обстоятельствахъ, усиливающихъ и уменьшающихъ вину (§ 58) и постановляетъ, что если многіе содѣйствовали осуществленію преступной цѣли и при этомъ содѣйствіе нѣкоторыхъ вызвано зависимостью отъ другихъ участниковъ или имѣло маловажное значеніе, то наказаніе имъ уменьшается, а при покушеніяхъ и вовсе отмѣняется. Но отсюда, конечно, нельзя сдѣлать вывода, что проектъ вовсе не знаетъ особаго понятія соучастія, а признаетъ лишь индивидуальную виновность; приведенное постановленіе указываетъ только на принятіе проектомъ начала равной наказуемости участниковъ.

2) Ср. историческія указанія въ моемъ курсѣ, III, № 433 и сл.

3) Ср. Ланге, Изслѣдованіе стр. 212; Чебышевъ-Дмитріевъ, О преступномъ дѣйствіи, стр. 88; Власьевъ, О вмѣненіи, стр. 187.

4) Ср. Калачовъ, Объ уголовномъ правѣ по судебнику, юрид. зап. Рѣдкина, т. 2, стр. 316.

получили или краденое, вѣдая, добровольно приняли, спрятали и утаили, оные властно, яко самые воры, да накажутся (арт. 189, 190) [1]).

Сводъ законовъ различалъ слѣдующія категоріи участниковъ: 1) сообщниковъ, кои въ совокупности привели преступленіе въ дѣйствіе; 2) зачинщиковъ, кои дѣйствовали вмѣстѣ съ другими, но прежде ихъ первые положили умыселъ и согласили къ тому другихъ, или первые подали примѣръ къ совершенію преступленія, причемъ сводъ прибавлялъ, что эти лица называются иногда въ законѣ пущими и первыми заводчиками или подговорщиками; 3) помощниковъ и участниковъ (сводъ насчитывалъ ихъ 6 категорій), кои словомъ или письмомъ содѣйствовали или благопріятствовали совершенію преступленія; 4) укрывателей, кои укрываютъ преступника или виновны въ его отпускѣ или послабленіи при поимкѣ онаго. Относительно отвѣтственности соучастниковъ сводъ постановлялъ: во всѣхъ преступленіяхъ, если въ законѣ не постановлено особаго изъятія, зачинщикъ или главный виновникъ и такъ называемые въ законѣ пущіе подлежатъ наказанію тягчайшему, нежели соучастники, слѣдовавшіе ихъ примѣру или приказанію. Изъ сего изъемлются тѣ токмо роды преступленій, о коихъ именно въ законѣ постановлено, что всѣ участвующіе въ нихъ подлежатъ равному наказанію Когда въ преступленіи, многими лицами учиненномъ, не найдено по слѣдствію главнаго виновнаго или зачинщика, тогда соучастники присуждаются къ наказанію, но съ уменьшеніемъ противъ того, что положено зачинщику, если бы онъ былъ найденъ [2]).

На этой почвѣ развилась система уложенія 1845 г.; но при этомъ дробная система свода осложнилась еще тѣмъ, что дѣленіе соучастниковъ на виды было поставлено въ соотношеніе съ различіемъ формъ соучастія. Въ результатѣ система уложенія оказалась и крайне сложною и несостоятельною [3]).

При соучастіи безъ предварительнаго соглашенія уложеніе различало два основныхъ типа—главные виновные и участники, причемъ къ главнымъ виновнымъ были отнесены три категоріи: 1) распоряжавшіеся дѣйствіями другихъ; 2) приступившіе къ дѣйствію прежде другихъ при самомъ его началѣ, и 3) непосредственно совершившіе преступное дѣяніе, т. е. одно изъ дѣйствій, входящихъ въ законный составъ преступленія; всѣ же прочія лица отнесены къ группѣ участниковъ. Еще болѣе разнообразными представлялись типы соучастниковъ при сговорѣ (стр. 13); при этомъ, хотя законъ и не указывалъ на различіе главныхъ и второстепенныхъ виновниковъ, но, по обрисовкѣ дѣятельности и по условіямъ отвѣтственности, къ главнымъ относились: 1) Зачинщики и притомъ а) физическіе (пущіе по терминологіи свода законовъ) въ двухъ видахъ: управлявшіе другими или первые приступившіе, т. е. подавшіе примѣръ по выраженію свода законовъ, и б) интеллектуальные, замыслившіе преступное дѣяніе и склонившіе къ оному другихъ, и притомъ такъ какъ по закону (ст. 118) зачинщики интеллектуальные могли вовсе не принимать физическаго участія въ выполненіи дѣянія, то они сливались съ понятіемъ подстрекателей, такъ что нашей практикѣ пришлось устанавливать между ними грань совершенно искусственную, относя къ зачинщикамъ—первоначально замыслившихъ, авторовъ замысла, а къ подстрекателямъ распространителей чужихъ замысловъ (р. у. к. д. 76/97 Овсянникова); 2) сообщники, согласившіеся съ другими выполнить совокупными силами или дѣйствіями предумышленное преступленіе, хотя бы они, давъ согласіе, въ выполненіи и не участвовали (ст. 119), и 3) подстрекатели, или подговорщики, не участвовавшіе въ выполненіи дѣянія, но склонявшіе разными средствами къ нему другихъ. Къ второстепеннымъ со-

---

[1]) Въ судебной практикѣ того времени встрѣчаются, однако, примѣры и разной наказуемости соучастниковъ. Ср. п. о. з. № 1266, 1351, 1352, 1359, 1362, 5793.

[2]) Гореглядъ, Опытъ начертанія, стр. 7, приводитъ указъ Правительствующаго Сената еще отъ Апрѣля 1775 г., не вошедшій въ подцитатные сноски къ своду, допускавшій различіе въ наказуемости соучастниковъ: «не можно воображать, чтобы многіе присуждаемые къ наказанію за одно преступленіе всѣ равно были виновны, а неминуемо одни суть такіе, кои первые сдѣлали умыселъ и другихъ на то склонили, а сіи, склонясь на то ихъ намѣреніе, исполнили оное».

[3]) При разсмотрѣніи проекта комиссія Государственнаго Совѣта находила въ этой дробности видовъ участія признаки достоинства между прочимъ и потому, что чрезъ это въ народѣ устанавливаются и развиваются правильныя понятія объ общихъ теоретическихъ началахъ и облегчается въ практикѣ примѣненіе законовъ къ частнымъ случаямъ.

*

участникамъ были отнесены пособники, не принимавшіе участія въ выполненіи, но или 1) помогавшіе или обѣщавшіе помогать умыслившимъ преступленіе: а) совѣтами, указаніями, доставленіемъ свѣдѣній, б) доставленіемъ средствъ и в) устраненіемъ препятствій; 2) завѣдомо предъ совершеніемъ преступленія дававшіе убѣжище учинившимъ оное, и 3) обѣщавшіе заранѣе способствовать сокрытію преступленія или преступника послѣ сокрытія онаго, относя сюда и обѣщаніе принять вещи, добытыя преступленіемъ.

Въ составѣ шайки уложеніе 1845 г. различало: 1) главныхъ виновныхъ, а именно составителей или основателей шаекъ, лицъ, подговорившихъ кого-либо ко вступленію въ шайку, или сформировавшихъ самостоятельное отдѣленіе шайки, начальниковъ какъ всей шайки, такъ и отдѣльныхъ ея частей; 2) сообщниковъ, къ которымъ относились всѣ лица, добровольно вступившія въ шайку, съ знаніемъ о свойствѣ и предназначеніи оной, если притомъ они не играли никакой выдающейся роли въ дѣятельности шайки; 3) пособниковъ, а именно, лицъ, изобличенныхъ въ завѣдомомъ доставленіи злонамѣреннымъ шайкамъ или сообществамъ оружія или же иныхъ орудій, или другихъ какихъ-либо средствъ для содѣянія предположенныхъ ими преступленій.

Уставъ о наказаніяхъ содержалъ самостоятельныя и притомъ значительно упрощенныя правила о соучастіи, исключающія примѣненіе постановленій уложенія [1]), причемъ, по ст. 15 устава, различались три типа участниковъ: а) совершившіе дѣяніе, б) подстрекавшіе къ нему и в) бывшіе ихъ соучастниками.

По законамъ военно-уголовнымъ, къ соучастникамъ должны быть примѣняемы постановленія уложенія, но съ двоякаго рода изъятіями. Во-1-хъ (по ст. 72), въ дѣяніяхъ, соединенныхъ съ нарушеніемъ воинской дисциплины и обязанностей службы, начальникъ, а при отсутствіи его—старшій въ званіи или чинѣ, а при равенствѣ—старшій въ семъ званіи или чинѣ, всегда подвергается наказанію, какъ главный виновникъ, а если онъ былъ главнымъ виновникомъ, то ему (по ст. 75) наказаніе возвышается на одну степень; во-2-хъ когда преступное дѣяніе, какъ воинское, такъ и общее, учинено цѣлою командою или частью оной, или когда число подсудимыхъ значительно, наказанію, назначенному въ законѣ, подвергаются при скопѣ—главные виновные, а при сговорѣ—зачинщики, сообщники и подстрекатели, а равно въ обоихъ случаяхъ лица, указанныя въ ст. 72; всѣ же прочіе наказываются по усмотрѣнію суда.

Равнымъ образомъ, самостоятельныя постановленія объ отвѣтственности соучастниковъ сохранились въ уставахъ акцизныхъ. Такъ, ст. 1140 и сл. указываютъ, что отвѣтственными лицами за нарушенія правилъ устава о питейномъ сборѣ признаются на заводахъ—заводчикъ, арендаторъ, управляющій, отвѣтственные винокуръ и пивоваръ, а также заводскіе служащіе и рабочіе, а въ заведеніяхъ для торговли крѣпкими напитками—содержатели заведеній и ихъ приказчики или сидѣльцы. Причемъ они привлекаются къ отвѣтственности лишь въ послѣдовательномъ порядкѣ, т. е. если какое либо нарушеніе совершено съ согласія и вѣдома заводчика или арендатора, то таковые исключаютъ отвѣтственность за эти нарушенія всѣхъ другихъ служащихъ и постороннихъ лицъ; отвѣтственность управляющаго заводомъ, учинившаго или допустившаго нарушеніе, исключаетъ отвѣтственность винокура или другихъ служащихъ и т. д. Но и при этихъ нарушеніяхъ для отвѣтственности необходимо или личное участіе или учиненіе съ вѣдома и согласія, исключеніе по ст. 1142 допущено только для заводчика, когда нарушеніе учинено хотя и безъ его вѣдома, но арендаторомъ, объ отдачѣ которому завода въ аренду не было заявлено установленнымъ порядкомъ акцизному управленію или прежде таковаго заявленія, а равно и для содержателя заведенія, когда нарушеніе учинено приказчикомъ, не имѣющимъ установленныхъ торговыхъ документовъ, хотя, впрочемъ, и въ этихъ случаяхъ заводчики и содержатели подвергаются лишь денежнымъ взысканіямъ, а личныя наказанія во всякомъ случаѣ падаютъ на непосредственно учинившихъ таковыя.

Причемъ эти постановленія относятся только къ нарушеніямъ, указаннымъ въ акцизныхъ уставахъ, въ случаѣ же учиненія нарушеній, хотя бы и въ питейныхъ заведеніяхъ, но полицейскаго характера, примѣняются общія правила о соучастіи.

---

1) Р. у. к. д. 70/516, Сергѣева; 71/1503, Елесиныхъ.

Подобныя же правила повторены въ ст. 1217 и слѣд. относительно нарушеній устава табачнаго, а по ст. 1255 и 1270 тотъ же порядокъ распространенъ и на нарушенія правилъ объ акцизѣ съ освѣтительныхъ нефтяныхъ маслъ и зажигательныхъ спичекъ; но по отношенію къ нарушеніямъ постановленій объ акцизѣ съ сахара послѣдовательной отвѣтственности лицъ, служащихъ на заводахъ, не установлено.

По дѣйствующему уголовному уложенію въ соучастіи, выразившемся только въ соглашеніи, не различается никакихъ отдѣльныхъ типовъ и всѣ въ него входящіе одинаково именуются «согласившимися на преступное дѣяніе»; въ соучастіи же, выразившемся въ общей дѣятельности, изъ «соучастниковъ» различаются: 1) непосредственно учинившіе преступное дѣяніе или участвовавшіе въ его выполненіи; 2) подстрекавшіе другаго къ соучастію въ преступномъ дѣяніи; 3) пособники, доставлявшіе средства, или устранявшіе препятствія, или оказавшіе помощь учиненію преступнаго дѣянія совѣтомъ, указаніемъ или обѣщаніемъ не препятствовать его учиненію или скрыть оное. При этомъ для примѣненія отвѣтственности за соучастіе необходимо, чтобы лицо не только согласилось совмѣстно дѣйствовать, но чтобы оно именно проявило какой-либо изъ указанныхъ въ законѣ видовъ дѣятельности; безъ этого послѣдняго условія къ виновнымъ могутъ быть примѣнимы только правила объ отвѣтственности за соглашеніе [1]).

Система, усвоенная уложеніемъ, всего ближе подходитъ и къ теоретической обрисовкѣ типовъ участія, которые естественно сводятся къ слѣдующимъ тремъ: кто-либо совершалъ самое преступное дѣяніе—исполнитель; кто-либо оказывалъ ему содѣйствіе—пособникъ; кто-либо вовлекъ его въ преступную дѣятельность—подстрекатель.

Но при этомъ необходимо имѣть въ виду: 1) каждый изъ этихъ типовъ допускаетъ различные оттѣнки,—въ особенности много таковыхъ представляетъ пособничество; 2) могутъ быть случаи, когда въ лицѣ одного и того же соучастника соединяется нѣсколько типовъ: подстрекатель можетъ явиться въ то же время и пособникомъ,—исполнитель можетъ явиться подстрекателемъ пособника, а тамъ, гдѣ исполнителей было нѣсколько—и пособникомъ другаго исполнителя; 3) при отдѣльныхъ случаяхъ соучастія, конечно, могутъ быть и не всѣ типы соучастниковъ и, наоборотъ, вполнѣ возможно, что въ одномъ соучастіи будетъ нѣсколько лицъ одного и того же типа.

180. Исполнителями преступнаго дѣянія могутъ быть названы тѣ лица, которыя сами непосредственно участвовали въ его исполненіи, каковъ бы ни былъ при этомъ объемъ ихъ дѣятельности. Такъ, исполнителями убійства будутъ лица, наносившія ударъ жертвѣ, державшія или связывавшія ее и т. д. Общность преступнаго намѣренія, соглашеніе, дѣлаетъ каждаго отвѣтственнымъ за все дѣяніе, подобно тому, какъ подложившій въ бурную погоду пучокъ

---

[1]) Binding, Grundriss, § 67, находитъ, что въ сущности участники должны быть сведены къ двумъ типамъ—виновниковъ и пособниковъ, такъ какъ подстрекатели подходятъ подъ тотъ или другой типъ; но, какъ увидимъ далѣе, подстрекательство имѣетъ такія своеобразныя черты, что подобное сліяніе представляется неудобнымъ, оттого оно и не принято новыми законодательствами.

зажженной соломы подъ крышу зданія отвѣчаетъ за истребленіе цѣлаго селенія, если пожаръ получилъ такіе размѣры. При этомъ, если преступленіе состоитъ изъ нѣсколькихъ актовъ или является продолжающимся, какъ, напр., поддѣлка монеты, лишеніе свободы, то исполнителями будутъ всѣ лица, выполнившія какое-либо изъ дѣйствій, входящихъ въ составъ этихъ дѣяній, хотя бы дѣйствующій не былъ ни первымъ, ни послѣднимъ.

Дѣйствіе, учиненное исполнителемъ, или сумма его дѣйствій опредѣляютъ, по общему правилу, юридическій характеръ всего совершеннаго соучастниками; исполнители представляютъ центральный пунктъ соучастія.

Такимъ образомъ, степень осуществленія преступнаго намѣренія исполнителями опредѣляетъ, въ этомъ отношеніи, вмѣненіе учиненнаго прочимъ соучастникамъ. Если исполнитель остановился на приготовленіи или на покушеніи, то можно говорить только о подстрекательствѣ къ покушенію, о пособничествѣ къ приготовленію и т. д. [1]). Точно также, подсудность соучастниковъ, по общему правилу, опредѣляется мѣстомъ дѣйствія главныхъ виновныхъ, давностные сроки вычисляются съ момента дѣятельности исполнителей и т. д. [2]).

Далѣе, если совершенное исполнителями не почитается преступнымъ или почему-либо утрачиваетъ преступность, то и дѣятельность прочихъ соучастниковъ въ этихъ случаяхъ, если она особо не воспрещена закономъ, утрачиваетъ преступность [3]). На этомъ основаніи не можетъ быть преступнаго соучастія, если исполнитель дѣйствуетъ въ силу закона, вслѣдствіе необходимой обороны, и т. д. При этомъ соучастники остаются безотвѣтственными и въ томъ случаѣ, когда они думали, что помогаютъ преступному дѣянію; ошибка и заблужденіе въ преступности учиненнаго должны оказывать и на отвѣтственность соучастниковъ такое же вліяніе, какъ и на отвѣтственность единоличныхъ преступниковъ. Точно также не наказуемы соучастники, если исполнитель дѣйствуетъ съ согласія пострадавшаго или совершаетъ посягательство на собственныя права; поэтому, напр., какъ указалъ угол. кассац. департ., въ рѣшеніи 1880 г., № 10, по дѣлу Синядьева, лицо, участвовавшее въ поджогѣ имущества его собственникомъ, отвѣчаетъ только при тѣхъ условіяхъ и въ томъ объемѣ, въ какомъ отвѣчаетъ самъ хозяинъ имущества [4]).

Эта безотвѣтственность соучастниковъ обусловливается только непреступностью учиненнаго исполнителемъ, а не его безнаказанностью [5]). Если

---

1) Р. у. к. д. 70/453, Брандовскаго; 73/636, Сорокина.

2) Такъ, по ст. 207 у. у. с. всѣ соучастники въ преступленіи или проступкѣ судятся въ одномъ судѣ, а именно въ томъ, коему подсудны главные виновные; относительно подсудности и отвѣтственности соучастниковъ за преступныя дѣянія, совершенныя за границею, см. выше, глава 2-я § 10.

3) Р. у. к. д. 80/10, Синядьева.

4) Такъ уг. к. деп. въ рѣшеніи по дѣлу Николаева, 74/527, высказалъ, что признаніе присяжными засѣдателями, что физическій виновникъ имѣлъ совокупленіе съ женщиною, но безъ насилія, устраняетъ возможность признать лицъ, помогавшихъ ему, виновными въ изнасилованіи.

5) Поэтому по дѣламъ, въ коихъ участвовало нѣсколько лицъ, возникаютъ особыя затрудненія при постановкѣ вопросовъ присяжнымъ засѣдателямъ, въ особенности, напр., объ отвѣтственности

исполнитель оказался во время суда умалишеннымъ [1]), то это еще не дѣлаетъ ненаказуемыми лицъ, ему помогавшихъ; если исполнитель дѣянія, преслѣдуемаго по частной жалобѣ, не привлеченъ къ отвѣтственности пострадавшимъ, то это обстоятельство не гарантируетъ отъ преслѣдованія соучастниковъ.

Далѣе, для отвѣтственности соучастниковъ необходимо констатированіе учиненія преступнаго дѣянія исполнителями, хотя бы личность исполнителей осталась почему-либо суду не извѣстна [2]). Прекращеніе производства по отношенію къ непосредственно совершившимъ преступное дѣяніе не влечетъ само по себѣ прекращенія слѣдствія и суда надъ ихъ соучастниками, такъ какъ оно можетъ зависѣть отъ чисто личныхъ условій, какъ, напр., отъ смерти исполнителя или помилованія его по Высочайшей волѣ, если актъ помилованія относится къ лицу, а не заключаетъ въ себѣ преданія забвенію самаго дѣянія [3]). Точно также оправданіе судомъ исполнителя не можетъ еще, само по себѣ, быть основаніемъ безотвѣтственности соучастниковъ, ибо такое оправданіе можетъ имѣть чисто личное основаніе, если только судомъ не отвергнуто существованіе самаго преступнаго событія [4]).

181. Вторую группу соучастниковъ составляютъ пособники. Какъ, повидимому, ни просто противоположеніе исполненія и пособничества, но въ дѣйствительности проведеніе границъ между ними представляется весьма затруднительнымъ, что блистательно доказала нѣмецкая доктрина, потратившая массу труда на рѣшеніе этого вопроса.

Я не буду вдаваться въ разборъ всѣхъ попытокъ этого рода [5]), но, въ виду того вліянія, которое оказала нѣмецкая доктрина на нашу литературу, укажу важнѣйшія изъ нихъ, сводя ихъ къ тремъ группамъ по слѣдующей схемѣ: всякій участникъ вкладывается въ преступное дѣяніе своею дѣятельностью и своею волею, поэтому различія между главными виновными—исполнителями, и второстепенными—пособниками, можно искать или въ объективныхъ свойствахъ дѣятельности, или въ особенныхъ свойствахъ ихъ виновности, или,

---

подстрекателей. Такъ угол. кас. деп., выходя изъ того положенія, что вопросъ объ уголовной отвѣтственности подстрекателя зависитъ отъ признанія преступности учиненнаго исполнителемъ (75/666, Коваленко; 76/207, Яковлева), признала, что въ этихъ случаяхъ долженъ быть обязательно выдѣленъ вопросъ о событіи и объ учиненіи его подстрекнутымъ, чтобы такимъ образомъ непризнаніе виновности исполнителя не устраняло возможности назначенія наказанія подстрекателю (75/289, Титова; 75/463, Никитина).

1) Такое толкованіе дано и уг. касс. деп. по дѣламъ: Абрамовой (67/190); Огнева (68/199); Вериги (69/982).

2) Такъ, уг. касс. деп. по дѣлу Достакова (67/263), высказалъ, что невмѣненіе преступленія главному виновному не служитъ основаніемъ для освобожденія соучастниковъ. Любопытная практика французскаго суда приведена у F. Hélie, I, № 206; Blanche, I, № 48.

3) Это начало установлено въ рѣшеніяхъ уг. касс. деп. по дѣламъ: Цукермана (73/45), Турчанинова (76/107).

4) Р. у. к. д. по дѣламъ Пожухова (68/408); Пономарева (74/462).

5) Особенное развитіе получили эти попытки въ 50-хъ годахъ, когда рядъ нѣмецкихъ кодексовъ, какъ, напр., вюртембергскій, по закону 13 Авг. 1849 г., прусскій 1851 г., австрійскій 1852 г. и баварскій 1861 г., взамѣнъ запутанной системы другихъ партикулярныхъ нѣмецкихъ кодексовъ, приняли упрощенную французскую систему, и практика высказалась въ пользу этого нововведенія.

наконецъ, въ томъ и другомъ вмѣстѣ; отсюда три группы попытокъ: объективная, субъективная и смѣшанная [1]).

Наиболѣе старая попытка разграниченія, придававшая этому различію принципіальный характеръ, была объективная. По этой доктринѣ главнымъ виновникомъ считался тотъ. кто былъ непосредственною причиною преступленія, т. е. чьими руками или дѣйствіями воспроизведено преступное дѣяніе въ полномъ его объемѣ, а всѣ остальные участники относились къ пособникамъ. Но послѣ того, какъ трудами Штюбеля поколебалось ученіе объ исключительной причинности, утратила значеніе и эта доктрина, замѣненная другимъ, также объективнымъ ученіемъ, на основаніи коего главнымъ виновникомъ долженъ почитаться тотъ, кто былъ «достаточною», «необходимою», «преимущественною» или главною причиною явленія, а пособникомъ тотъ, кто являлся лишь условіемъ возникновенія результата. Важнѣйшимъ представителемъ этого взгляда можетъ быть названъ Фейербахъ, который признавалъ главнымъ виновникомъ то лицо, въ чьей волѣ и дѣйствіяхъ заключается достаточная причина, вызвавшая, какъ послѣдствіе, преступленіе. Наконецъ, въ недавнее время, когда на смѣну всѣхъ этихъ воззрѣній объ относительномъ значеніи условій причиненія явилось новое, нынѣ господствующее въ нѣмецкой доктринѣ, по которому причиною, въ тѣсномъ смыслѣ этого слова, можетъ быть названа только сумма предыдущихъ, а о различіи причинъ главныхъ и второстепенныхъ, близкихъ и отдаленныхъ, не можетъ быть и рѣчи, то и германская литература отказалась различать по этому основанію главныхъ виновныхъ отъ второстепенныхъ.

На мѣсто этихъ попытокъ явились иныя, также объективнаго характера, видящія различіе не въ свойствахъ причиненія, а въ юридическомъ значеніи дѣятельности, относя къ исполнителямъ тѣхъ, которые выполнили главный или существенный актъ преступнаго дѣянія, какъ, напр., взятіе вещи при захватахъ, нанесеніе смертельнаго удара при убійствѣ и т. п. [2]); или же, распространяя понятіе исполнителей на всѣхъ соучастниковъ, которые выполняли дѣйствіе, входящее въ законный составъ преступленія [3]).

Прежнія попытки объективнаго различенія виновниковъ и пособниковъ представлялись невѣрными по своему существу, противорѣча ученію о причинной связи, такъ какъ съ объективной точки зрѣнія всякое лицо, содѣйствовавшее физическою или психическою дѣятельностью произведенію результата, можетъ быть названо его причиною и должно нести отвѣтственность за совершенное въ полномъ его объемѣ, а таковы всѣ соучастники; новыя же не имѣютъ принципіальнаго значенія. Признакъ дѣленія, ими принятый, представляется въ существѣ своемъ случайнымъ, измѣнчивымъ, завися какъ отъ способа дѣйствія, выбраннаго виновнымъ, такъ и отъ законнаго опредѣленія преступнаго дѣянія. Съ другой стороны, на основаніи такого признака можно дѣлить соучастниковъ не только на двѣ, но на три, четыре и болѣе категорій, такъ какъ это признакъ крайне дробимый. Непринципіальный характеръ этого дѣленія представится еще нагляднѣе, если мы посмотримъ на его значеніе по отношенію къ наказуемости соучастниковъ. Можемъ ли мы утверждать, что участникъ, выполнившій какое-либо дѣйствіе, входящее въ составъ преступнаго дѣянія, всегда болѣе преступенъ и заслуживаетъ высшаго наказанія, чѣмъ лицо,

---

1) Ср. обзоръ нѣмецкихъ теорій у Hirsch, Ueber den Unterschied zwischen Mitthäterschaft und Beihülfe. 1881 г.; онъ насчитываетъ (стр. 30) 5 группъ теорій, подраздѣляя субъективную и объективную каждую на двѣ и ставя особо смѣшанную; Glaser, Ueber Thäterschaft und Beihülfe, 1864, Kohler, Studien, 1890, стр. 92; Forke, Die begriffliche Unterschied zwischen Urheberschaft und Beihülfe, 1890.

2) Это различіе защищается въ особенности французскими криминалистами, Ortolan, Hélie; ср. также Carrara, Programme, § 427. Ср. болѣе подробныя указанія въ моемъ курсѣ, № 445 и сл. Колоколовъ, ст. 75.

3) Это начало защищаютъ изъ новыхъ нѣмецкихъ криминалистовъ—Geyer, Liszt, H. Meyer, Birkmeyer, признающіе главными виновными тѣхъ, которые выполнили «Ausführungshandlung». Къ этому же воззрѣнію примкнулъ въ позднѣйшихъ трудахъ (14 изд. учеб. 1886) Berner, бывшій прежде сторонникомъ субъективной теоріи. Перечень сторонниковъ этого воззрѣнія у Birkmeyer, в. с., стр. 6, у Janka, в. с. § 67, III; у него подробныя указанія на невозможность различенія Haupthandlung и Nebenhandlung.

стоявшее на сторожѣ, или приготовившее отраву? Чѣмъ отличаются, съ точки зрѣнія преступности, дѣйствія лица, державшаго жертву за ноги, стоявшаго на караулѣ, или, положимъ, игравшаго на тромбонѣ для того, чтобы заглушить крики жертвы и т. п.? Можемъ ли мы отрицать, что иногда лицо, игравшее, повидимому, второстепенную роль, при внимательномъ разсмотрѣніи обстоятельствъ даннаго дѣла, окажется истинною душою предпріятія, лицомъ, несравненно болѣе преступнымъ, чѣмъ главный дѣятель?

Болѣе распространенною въ новой нѣмецкой доктринѣ (Кестлинъ, Янка, Глазеръ, Борхертъ, Шварце, Гельшнеръ, а въ особенности Бури), а равно и въ практикѣ Reichsgericht'a [1]), является теорія субъективная, усматривающая основу различія въ направленіи воли дѣйствующаго.

Первоначально теорія субъективная явилась только какъ противовѣсъ Фейербахо-Грольмановской объективной теоріи. Ея первые представители, какъ Вехтеръ, Генке, указывали, что путемъ различенія объективной дѣятельности участвующихъ можно придти только къ признанію равной ихъ виновности, а для установленія различія необходимо обратиться къ внутренней сторонѣ, къ характеру намѣренія, къ опредѣленію того, въ чьихъ интересахъ дѣйствуетъ виновный.

Но въ дальнѣйшемъ своемъ развитіи эта теорія получила болѣе опредѣленную постановку. «Главный виновный, говоритъ Кестлинъ (Neue Revision, стр. 465 и сл.; System, § 93), тотъ, кто дѣйствуетъ для достиженія собственной цѣли, видитъ въ немъ собственное дѣло; пособникъ тотъ, кто содѣйствуетъ осуществленію чужаго намѣренія: онъ разсматриваетъ себя и свою дѣятельность только какъ средство для дѣйствій другаго». При этомъ одни выдвигали на первый планъ характеръ намѣренія (Dolustheorie): виновникъ, кто осуществляетъ собственное намѣреніе (cum animo auctoris), пособникъ, кто дѣйствуетъ ради осуществленія чужаго намѣренія (cum animo adjutoris); другіе придавали главное значеніе мотивамъ и цѣли дѣйствія (Zwecktheorie): виновникъ, кто дѣйствовалъ для достиженія собственнаго личнаго интереса, пособникъ, кто работалъ ради интереса другаго лица.

Шире поставлено понятіе виновничества у позднѣйшихъ сторонниковъ этого воззрѣнія, какъ, напр., у Бернера (до послѣднихъ изданій) и Гейба, при помощи такъ называемаго презумптивнаго виновничества, въ силу коего тотъ, кто выполнилъ преступное дѣяніе, всегда предполагается главнымъ виновнымъ, такъ какъ совершенное имъ убѣждаетъ, что онъ смотрѣлъ на данное дѣяніе, какъ на собственное.

Наконецъ, послѣ изданія германскаго уложенія субъективная теорія получила еще новое расширеніе, такъ какъ къ главнымъ виновнымъ стали относить всѣхъ тѣхъ, чья воля направляется на совершеніе дѣйствій, входящихъ въ составъ преступныхъ дѣяній [2]).

Но и въ той, и въ другой формѣ, субъективная попытка представляется менѣе солидною, чѣмъ теорія объективная. Наиболѣе несостоятельною представляется теорія интереса. Какимъ образомъ мотивъ дѣятельности, играющій второстепенную роль въ ученіи объ юридическомъ дѣяніи, станетъ принципомъ различія типовъ виновничества и притомъ не соотвѣтственно съ общимъ этическимъ и юридическимъ значеніемъ таковыхъ? Дѣяніе, по его мотивамъ, становится тѣмъ преступнѣе, чѣмъ болѣе проявляется въ немъ нравственной испорченности, чѣмъ опаснѣе эти побужденія для общественнаго спокойствія. Съ этой точки зрѣнія понятно, что лицо, подговорившее кого-либо убить своего врага, надругавшагося надъ его женою, дочерью, менѣе преступно, чѣмъ самый убійца, нанявшійся за нѣсколько рублей осуществить чужое желаніе, а между тѣмъ по субъективной теоріи пер-

---

1) Въ особенности рѣшенія 18 мар. 1886 г. и 10 янв. 1887 г., Birkmeyer отдѣлъ II (ср. результатъ въ § 56 и Schlusswort), подробно доказываетъ, что усвоенный Reichsgericht'омъ взглядъ, подкрѣпленный только ссылкою на мотивы, не соотвѣтствуетъ буквѣ и смыслу постановленій кодекса, проводящаго принципъ объективнаго разграниченія; въ отдѣлѣ III-мъ у него подробный разборъ всѣхъ рѣшеній, въ отдѣльности, съ указаніемъ и на непослѣдовательность верховнаго суда; перечень сторонниковъ субъективнаго воззрѣнія у Birkmeyer, в. с., стр. 11, прим. 25.

2) Hälschner, Die Mitthäterschaft, въ G. 1873 г., стр. 98, разсматриваетъ эту попытку даже какъ видоизмѣненную объективную теорію, различая ее отъ субъективной въ строгомъ смыслѣ такимъ афоризмомъ, что одна ищетъ различія типовъ «in dem Warum und Wie des Wollens», а другая—«in dem Was des Wollens».

вый долженъ считаться главнымъ виновникомъ, а второй—пособникомъ. Наконецъ, самое понятіе о своихъ интересахъ представляется крайне условнымъ, такъ какъ оно зависитъ отъ различія понятій о ближайшей или отдаленной цѣли. Безъ мотива, безъ самостоятельнаго побужденія, мы не можемъ себѣ и представить сознательнаго участія въ преступленіи, и въ этомъ отношеніи нѣтъ различія между лицомъ, дѣйствующимъ подъ вліяніемъ личной мести, ревности, и наемникомъ, совершившимъ преступленіе изъ корысти: человѣкъ, за деньги доставшій ядъ для убійства, несомнѣнно осуществляетъ личный интересъ [1]). Наше уложеніе о наказаніяхъ 1845 г. даже ставило общимъ условіемъ пособничества, чтобы пособники дѣйствовали изъ корыстныхъ или иныхъ личныхъ видовъ.

Также и вторая группа субъективныхъ попытокъ, на мой взглядъ, менѣе удачна, чѣмъ соотвѣтствующая ей попытка объективистовъ, такъ какъ она представляетъ практическія невыгоды. Признавая главными виновными тѣхъ, чья воля направлена на самое исполненіе, а пособниками тѣхъ, кто намѣревается оказать помощь исполнителямъ, мы не только не разрѣшаемъ вопроса, почему первые должны быть наказаны всегда сильнѣе вторыхъ, но и вводимъ признакъ различія крайне шаткій. Какимъ образомъ будемъ мы опредѣлять направленіе воли участвовавшихъ? Если по тому, что ими было выполнено, то это будетъ различіемъ объективнымъ, а если по тому, что предполагалъ выполнить участникъ, то намъ придется признать главнымъ виновнымъ того, кто предполагалъ, что нанесетъ смертельный ударъ, а въ дѣйствительности только принесъ топоръ или стоялъ на стражѣ. Мало того, въ самой основѣ этого субъективнаго дѣленія лежитъ недоразумѣніе. Нельзя быть наказуемымъ участникомъ преступнаго дѣянія, не сознавая того, въ чемъ участвуешь, и не направляя своей воли на совершеніе преступнаго дѣянія. Ближайшая цѣль дѣятельности даннаго лица—покупка ножа, принесеніе лѣстницы и т. п.; но онъ совершаетъ эти дѣйствія, зная, что они должны служить для кражи, убійства, по отношенію къ которымъ онъ и далъ свое согласіе на оказаніе содѣйствія, помощи; слѣдовательно, его воля точно также направляется на совершеніе самаго преступнаго дѣянія, какъ и воля лица, наносящаго ударъ, берущаго вещь и т. п.

Остается упомянуть о третьей группѣ теорій, пытающихся соединить обѣ предшествующія, съ приближеніемъ то къ той, то къ другой изъ нихъ. «Главнымъ виновникомъ, говоритъ Росси (Traité глава XXXV), будетъ: во-1-хъ, тотъ, кто былъ творцомъ преступнаго умысла, кто осуществляетъ въ преступленіи свои личные интересы и, во-2-хъ, тотъ, кто выполнилъ главное дѣяніе или такое, которое было существенно необходимо для выполненія главнаго, а пособниками будутъ тѣ, которые содѣйствовали составленію плана или выполненію»; но къ этому Росси добавляетъ, что окончательное различіе между виновниками и пособниками есть вопросъ факта, а потому теорія можетъ дать только общія положенія, предоставляя установленіе подробностей суду [2]). Изъ нашихъ криминалистовъ проф. Жиряевъ [3]) заявляетъ, что оба крайніе взгляда, ложные въ своей исключительности, заключаютъ въ себѣ каждый справедливую сторону, а потому необходимо соединить ихъ между собою. Для понятія главнаго виновничества нужно брать въ разсчетъ и то, что дѣлается, и то, почему дѣлается, такъ что лицо, явившееся на мѣсто преступленія только для оказанія помощи, но выполнившее главный актъ, должно быть признано главнымъ виновнымъ.

И по поводу этой попытки слѣдуетъ сказать то же, что и относительно предыдущихъ: она даетъ возможность подмѣтить нѣкоторыя черты отличія между лицами, входящими въ число соучастниковъ, но она не устанавливаетъ между ними принципіальнаго различія, и не устанавливаетъ, по моему мнѣнію, потому, что такого различія и быть не мо-

---

1) Ср. обстоятельныя замѣчанія по этому вопросу у Hälschner, System, стр. 372.

2) Предположенная имъ формула принимается большинствомъ французскихъ и бельгійскихъ криминалистовъ, какъ, напр., Haus, № 465.

3) О стеченіи, стр. 33, 44; къ этому воззрѣнію примыкаетъ Спасовичъ, стр. 161; Кистяковскій, § 322. Binding, Grundriss, § 67: пособникъ тотъ, кто умышленно, но безъ animo auctoris словомъ или дѣломъ оказалъ содѣйствіе чужому умышленному или неосторожному преступному дѣянію.

жетъ. Въ томъ и заключается самостоятельный характеръ института соучастія, что всѣ соучастники отвѣчаютъ за все совершенное, какова бы ни была ихъ дѣятельность; что единеніе или общность вины измѣняютъ общее ученіе о причинной связи въ томъ, что допускается связь дѣятельности и результата внутренняя, психическая; что положеніе о томъ, что умышленная дѣятельность человѣка прерываетъ причинную связь, утрачиваетъ при этой комбинаціи свою силу, и т. п. Если иногда степень виновности участвующихъ окажется различною, то это будетъ зависѣть отъ индивидуальной обстановки ихъ дѣятельности, а не отъ принадлежности къ тому или другому типу.

Если же устранить вопросъ о принципіальномъ различіи, видоизмѣняющемъ отвѣтственность соучастниковъ, и разсматривать отдѣльные типы только съ точки зрѣнія характеристики ихъ дѣятельности, то понятіе пособничества обрисовывается сравнительно легко: всѣ тѣ соучастники, которые не являются ни исполнителями въ вышеуказанномъ ихъ значеніи, ни подстрекателями, должны быть признаны пособниками [1]).

При этомъ воззрѣніи дѣятельность пособниковъ получаетъ характеръ дополнительный, акцессорный. Центръ всего соучастія, какъ было указано выше, составляетъ дѣятельность исполнителей, такъ какъ она опредѣляетъ юридическую характеристику учиненнаго.

Но это положеніе о дополнительной природѣ пособничества, по моему мнѣнію, примѣняется только въ тѣхъ случаяхъ, когда началось осуществленіе соучастниками предположеннаго дѣянія; вопросъ ставится иначе, если самое дѣяніе не было учинено. Въ этомъ случаѣ представляются двѣ возможности: а) или сообщники ограничились однимъ соглашеніемъ, и тогда всѣ участники или всѣ согласившіеся одинаково являются центромъ предположеннаго, или б) кто-либо изъ соучастниковъ совершилъ приготовленіе, и тогда всѣ соучастники отвѣчаютъ за приготовленіе, хотя бы учинившимъ его былъ пособникъ. Слѣдовательно, могутъ быть случаи, когда центромъ соучастія являются дѣйствія предполагаемыхъ пособниковъ и, сообразно съ ихъ дѣятельностью, опредѣляется отвѣтственность прочихъ соучастниковъ [2]).

Дѣятельность пособниковъ представляется крайне разнообразною, хотя это различіе отдѣльныхъ оттѣнковъ пособничества не имѣетъ особенно важнаго практическаго значенія. Такимъ образомъ, между пособниками различаютъ: 1) пособниковъ интеллектуальныхъ, которые разными способами и

---

1) Kohler, в. с., стр. 96: понятіе пособничества не заключаетъ въ себѣ чего-либо точно опредѣленнаго, такъ какъ пособники различаются отъ виновниковъ только количественно, степенью интенсивности ихъ дѣйствій. Къ такому же выводу приходитъ Сергѣевскій, признавая, что это различіе есть quaestio facti. Такъ, уголовный кассац. департаментъ призналъ соучастіемъ: по дѣлу Диттель (72/1439), дѣйствія лица, принимавшаго мѣры, чтобы отравленному не было подано медицинской помощи, вслѣдствіе чего онъ и умеръ; по дѣлу Хохлова (74/537), дѣйствія лица, стоявшаго на стражѣ и бившаго камнемъ объ камень, чтобы заглушить крики жертвы; по дѣлу Баландина (68/424), нахожденіе на мѣстѣ кражи.

2) По тѣмъ же соображеніямъ рѣшается вопросъ о юридическомъ значеніи покушенія на пособничество, возбуждавшій значительные споры въ нѣмецкой доктринѣ. Всякій пособникъ вкладывается въ преступное дѣяніе не только своею дѣятельностью, но и соглашеніемъ дѣйствовать; слѣдовательно, если первое отпадаетъ, то остается второе условіе наказуемости, т. е. виновный отвѣчаетъ какъ согласившійся участвовать, но не участвовавшій. Если же въ данномъ случаѣ одно соглашеніе не наказуемо, то и покушеніе на пособничество остается дѣяніемъ не наказуемымъ.

средствами содѣйствуютъ созданію преступнаго умысла, давая, напр., совѣты и указанія, когда и гдѣ удобнѣе выполнить преступленіе, укрѣпляютъ рѣшимость главныхъ виновныхъ, или же своими замѣчаніями, указаніями облегчаютъ выполненіе преступленія, даютъ обѣщаніе скрытія слѣдовъ, какъ скоро такое обѣщаніе укрѣпляло преступную рѣшимость; при этомъ, какъ указано въ объяснительной запискѣ къ уголовному уложенію, этими средствами должна быть дѣйствительно оказана помощь, такъ что судъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ долженъ не только установить, что виновный далъ совѣтъ или указаніе, но что черезъ это дѣйствительно были оказаны помощь или содѣйствіе учинившимъ преступное дѣяніе; 2) пособниковъ физическихъ, которые вкладываются своею физическою дѣятельностью, доставленіемъ средствъ или устраненіемъ препятствій, или которые сдѣлали возможнымъ успѣшное ихъ учиненіе и т. д. Эти лица отвѣчаютъ, какъ въ томъ случаѣ, когда доставленныя ими средства были дѣйствительно употреблены въ дѣло, такъ и въ томъ, когда они оказались излишними, когда, напр., убійство было совершено другимъ орудіемъ, воръ вошелъ не черезъ ту дверь, которая была отперта пособникомъ и т. д. Иногда участіе можетъ выразиться въ простомъ нахожденіи на мѣстѣ учиненія дѣянія, когда лицо, пришедшее вмѣстѣ съ другими, оставалось праздным, потому что его помощь оказалась излишнею, или же когда дѣятельность этого лица, по самому состоявшемуся между соучастниками соглашенію, должна была именно заключаться въ невмѣшательствѣ.

Дѣятельность пособниковъ можетъ или предшествовать исполненію (concursus antecedens), или же совпадать съ нимъ (c. concomittens); но пособничество послѣ исполненія (c. subsequens) представляется и теоретически и практически невозможнымъ, такъ какъ въ тѣхъ случаяхъ, когда результатъ входитъ въ законный составъ преступнаго дѣянія, содѣйствіе его наступленію будетъ содѣйствіемъ совпадающимъ, а не послѣдующимъ.

182. Третью группу соучастниковъ составляютъ подстрекатели [1]) или, какъ называютъ ихъ иногда въ юридической литературѣ, интеллектуальные виновники [2]). Типъ этотъ представляетъ совершенно самостоятельныя черты, устраняющія возможность причислить его къ пособникамъ, какъ это дѣлаетъ

---

1) Ср. указанія на спеціальную литературу въ моемъ курсѣ, III, № 451, прим. 218, въ частности же Glaser, Zur Lehre von dolus bei Anstifter, G. 1858 стр. 24; Herbst, Zur Lehre von der sogenannten Anstiftung, G. 1877, стр. 379, 429; V. Löwenheim, Der Vorsatz des Anstifters nach geltendem Rechte, 1897; С. Шайкевичъ, О подстрекателяхъ, въ ж. м. ю. 1865 г., стр. 211—232; С. Баршевъ, О подстрекательствѣ, въ ж. м. ю. за 1868 г., стр. 385—404.

2) Послѣдній терминъ можетъ привести къ невѣрнымъ выводамъ относительно сущности подстрекательства. Различеніе интеллектуальнаго и физическаго виновничества вовсе не тождественно съ различіемъ понятія о внутренней и внѣшней сторонахъ преступленія, объ умыслѣ и дѣяніи (animus et corpus): физическій исполнитель или даже пособникъ вкладывается въ дѣяніе не только дѣйствіемъ, но и волею,—онъ сознательно и волимо становится соучастникомъ; также и подстрекатель отвѣчаетъ не за мысли, желанія, а за преступную дѣятельность, въ которую онъ вложился опредѣленнымъ способомъ; подстрекательство есть только особый видъ причиненія. Съ другой стороны, понятіе интеллектуальнаго виновничества шире понятія подстрекательства, такъ какъ такимъ виновникомъ можетъ быть признанъ и тотъ, кто далъ совѣты, указанія, не дѣлаясь, однако, подстрекателемъ.

кодексъ французскій[1]), или къ исполнителямъ (кодексы бельгійскій[2]), голландскій, итальянскій), а заставляющія придать ему самостоятельное мѣсто, какъ это дѣлаетъ наше уголовное уложеніе.

Но кто же можетъ быть названъ подстрекателемъ, т. е. лицомъ, подговорившимъ или подстрекнувшимъ другаго къ соучастію въ преступномъ дѣяніи?

Наше уложеніе о наказ. 1845 г. указывало на два признака: отрицательный—неучаствованіе въ совершеніи преступленія и положительный—вовлеченіе другаго въ участіе въ такомъ совершеніи. Но первый признакъ представляется теоретически и ненужнымъ и невѣрнымъ: дѣятельность одного и того же соучастника можетъ заключать въ себѣ черты, свойственныя нѣсколькимъ типамъ, но чрезъ это въ немъ не изглаживаются черты, свойственныя каждому изъ нихъ въ отдѣльности; съ другой стороны, это положеніе и практически не точно: если законъ считаетъ подстрекательство болѣе тяжкою формою совиновничества, то если подстрекнувшій, сверхъ сего, оказалъ какое-либо содѣйствіе, напр., доставилъ орудіе, онъ долженъ быть наказанъ все-таки какъ подстрекатель, а не какъ пособникъ.

Обращаясь же къ анализу положительной стороны, я разсмотрю отдѣльно условія, относящіяся къ подстрекателю, къ подстрекнутому и къ самому подстрекательству.

Подстрекатель, какъ и всякій соучастникъ, долженъ быть виновникомъ и совиновникомъ. Поэтому подстрекателемъ можетъ быть только лицо дѣеспособное и дѣйствующее умышленно.

На этомъ основаніи, тотъ, кто разгласитъ при другихъ придуманный имъ планъ какого-либо артистическаго мошенничества, не имѣя въ виду возбудить кого-либо этимъ разсказомъ къ преступленію, не можетъ считаться подстрекателемъ, хотя бы кто-либо изъ присутствующихъ воспользовался этимъ разсказомъ и осуществилъ этотъ планъ.

На этомъ же основаніи, не можетъ быть признано подстрекательствомъ развитіе въ другомъ преступныхъ наклонностей, пріученіе къ порочной жизни, даже подготовка къ преступнымъ занятіямъ, если въ этомъ не содержится вовлеченія въ опредѣленное преступное дѣяніе; такимъ образомъ, напр., опекунъ, потворствующій разврату своего питомца, не можетъ только поэтому считаться подстрекателемъ къ совершенному подопечнымъ изнасилованію; лицо, устроившее цѣлую школу для малолѣтнихъ воришекъ, обучающее ихъ проворству, ловкости, можетъ быть наказано, какъ пристанодержатель, какъ виновный въ развращеніи малолѣтнихъ, но оно не будетъ подстрекателемъ. Точно также, по общему правилу, не подойдетъ подъ понятіе подстрекательства и жестокое обращеніе, хотя бы и доведшее другаго до учиненія какого-либо преступнаго дѣянія.

Недостаточно для подстрекательства простаго заявленія желанія, указа-

---

[1]) Взглядъ на подстрекательство, какъ на интеллектуальное пособничество, имѣетъ много сторонниковъ и въ нѣмецкой литературѣ. Люденъ, Кругъ, Шютце; ср. Löwenheim, стр. 6 и сл.

[2]) Подробно и обстоятельно изложено ученіе о подстрекательствѣ по бельгійскому праву у Prins № 556 и сл.

нія на извѣстную цѣль, если при этомъ не былъ указанъ и путь дѣятельности, такъ какъ подстрекательство предполагаетъ вовлеченіе въ опредѣленное преступное дѣяніе. Если кто-либо уничтожитъ какую-либо вещь, ударитъ кого-либо, зная, что онъ выполняетъ этимъ давнишнее желаніе своего пріятеля, то, конечно, этотъ послѣдній не можетъ считаться подстрекателемъ, хотя бы онъ прежде неоднократно и многимъ лицамъ заявлялъ о томъ, что ему подобное событіе было бы весьма пріятно.

Возбужденіе должно имѣть опредѣленный характеръ, какъ относительно лицъ, къ коимъ оно относится, такъ и относительно дѣянія или дѣяній, которыя подстрекатель имѣетъ въ виду. Этимъ подстрекательство отличается отъ возбужденія массъ, отъ пропаганды, играющихъ такую важную роль въ области политическихъ преступленій. «Можно, говоритъ Haus въ мотивахъ къ бельгійскому кодексу (I, № 320), публично произнесенными рѣчами или путемъ печати возбудить чувство ненависти, жгучее озлобленіе противъ отдѣльныхъ частныхъ лицъ или противъ извѣстнаго класса, сословія; можно систематически нападать на дѣйствія правительства, сѣять недовольство существующимъ порядкомъ вещей, внушать гражданамъ желаніе измѣненія политическаго строя и т. п.; подобное непрямое возбужденіе заслуживаетъ иногда наказанія, какъ delictum sui generis, но все-таки эта дѣятельность не можетъ сама по себѣ разсматриваться, какъ участіе въ вспыхнувшемъ возстаніи, въ посягательствахъ на личность или собственность гражданъ». Но, разумѣется, если такимъ возбужденіемъ толпа или отдѣльныя лица направляются именно на совершеніе отдѣльныхъ преступныхъ дѣяній, то виновный можетъ быть разсматриваемъ, какъ соучастникъ. Такое начало проводитъ, напр., германское уложеніе (§ 85, III), назначая, однако, за прямое возбужденіе, не имѣвшее послѣдствій, самостоятельное наказаніе [1]).

Бельгійское уложеніе особо упоминаетъ, рядомъ съ подстрекателями, о тѣхъ, кто въ рѣчахъ, произнесенныхъ въ собраніяхъ или публичныхъ мѣстахъ, въ расклеенныхъ воззваніяхъ или въ печатанныхъ или непечатанныхъ, продаваемыхъ или раздаваемыхъ прокламаціяхъ, рисункахъ или эмблемахъ (зак. 25 Мая 1891 г.), будетъ прямо возбуждать къ учиненію преступныхъ дѣяній; они наказываются какъ виновники этихъ дѣяній. Но если таковое возбужденіе не имѣло результата, то виновный наказывается какъ за самостоятельный проступокъ; такое же постановленіе внесено и въ новый проектъ общей части французскаго уголовнаго уложенія (§ 81, IV).

Въ нашемъ уложеніи о наказаніи 1845 г. постановленія о наказуемости публичнаго возбужденія къ преступленію представлялись и неполными и весьма дробными (ст. 245, 251, 252, 274, 1035 изд. 1885 г.), а въ дѣйствующемъ уложеніи случаи публичнаго возбужденія указаны въ ст. 129, причемъ оно должно заключаться въ публичномъ произнесеніи или чтеніи рѣчи или сочиненія, а равно въ публичномъ выставленіи сочиненія или изображенія; такое публичное возбужденіе должно быть направлено къ возбужденію къ опредѣленной дѣятельности, имѣющей противогосударственный или противообщественный характеръ, или же къ учиненію дѣяній, признаваемыхъ

---

1) Ср. мой курсъ, III, № 454.

по закону тяжкими преступленіями. По общему правилу, возбужденіе наказуемо, хотя бы оно и не сопровождалось ожидаемыми послѣдствіями, но въ числѣ обстоятельствъ, усиливающихъ отвѣтственность, въ уложеніи указано и то, когда послѣдствіемъ возбужденія было учиненіе преступленія; но, однако, законъ прибавляетъ, что наказуемость за такое возбужденіе можетъ быть назначена только въ томъ случаѣ, если возбуждавшій не подлежитъ въ качествѣ соучастника (а въ частности въ качествѣ подстрекателя) учиненнаго дѣянія болѣе тяжкому наказанію.

Такимъ образомъ, публичное воззваніе можетъ разсматриваться какъ подстрекательство при наличности слѣдующихъ условій: во-1-хъ, оно должно заключать въ себѣ прямое возбужденіе къ опредѣленному преступленію; во-2-хъ, виновный долженъ дѣйствовать съ намѣреніемъ возбудить къ этому преступленію; въ-3-хъ, возбужденіе должно сопровождаться дѣйствительнымъ учиненіемъ того дѣянія, къ которому возбуждали.

Вмѣстѣ съ тѣмъ, подстрекатель долженъ дѣйствовать не только умышленно, но и съ опредѣленнымъ оттѣнкомъ умысла—выполнить задуманное посредствомъ другого лица или при участіи этого лица; слѣдовательно, подстрекательство предполагаетъ не только сознаніе собственной дѣятельности и долженствующей возникнуть вслѣдствіе того дѣятельности другаго лица, но и соотвѣтственное сему направленіе воли; этому особенному направленію воли подстрекателя старая доктрина придавала спеціальное названіе—animus instigandi [1]).

Умыселъ подстрекателя направляется на вовлеченіе въ участіе въ преступномъ дѣяніи, безотносительно къ свойству этого участія. Поэтому можетъ быть подстрекательство не только къ еще неначавшемуся преступному дѣянію, но при извѣстныхъ условіяхъ къ продолженію дѣянія, уже начатаго, но еще не оконченнаго, не только къ самому выполненію, но и къ пособничеству. Возраженія противъ послѣдняго положенія, встрѣчаемыя иногда въ нѣмецкой литературѣ, относятся къ вопросу о наказуемости подстрекательства къ пособничеству, а не къ юридической конструкціи понятія. Наше уголовное уложеніе говоритъ о подстрекательствѣ къ соучастію вообще.

Умыселъ подстрекателя направляется, конечно, къ учиненію преступнаго дѣянія, въ томъ объемѣ, который ему придалъ законодатель, включая сюда и покушеніе и наказуемое приготовленіе. Споръ, занимающій видное мѣсто въ современной нѣмецкой литературѣ и перешедшій отчасти и въ практику (рѣшеніе Reichsgericht'а отъ 29 Мая 1888 г.),—о томъ, наказуемо ли вовлеченіе только въ покушеніе, представляется мнѣ и искусственнымъ и мало интереснымъ. Если и встрѣтились бы такіе случаи, когда кто-либо подстрекалъ другого только къ покушенію [2]) и подстрекнутый совершилъ только

---

1) J. Glaser, Zur Lehre vom dolus bei Anstifter, въ G. за 1858 г., стр. 26, замѣчаетъ: подстрекатель долженъ не только желать, чтобы совершилось преступленіе, но чтобы оно совершилось даннымъ опредѣленнымъ лицомъ, въ силу его воздѣйствія, подобно тому, какъ и непосредственный виновникъ не только желаетъ, чтобы наступило извѣстное явленіе, но чтобы оно совершилось вслѣдствіе его личной дѣятельности. Ср. Кистяковскій, § 309.

2) Большинство нѣмецкихъ криминалистовъ—Листъ, Биркмейеръ, Герцогъ, Шютце—признаютъ, что Anstiftung zum Versuch не возможно, такъ какъ умыселъ исполнителя всегда направляется на оконченное дѣяніе, но тогда естественно является вопросъ, изъ-за чего же копья ломать?

таковое, то и подстрекатель отвѣчаетъ за покушеніе, а если подстрекнутый пошелъ далѣе и перешелъ предѣлы подговора, то къ отвѣтственности подстрекателя примѣняются общія правила объ эксцессахъ исполнителя.

Умыселъ подстрекателя можетъ быть прямой или непрямой, преступное безразличіе; если кто-либо, совершая извѣстное дѣйствіе или сообщая извѣстный разсказъ, сознаетъ, что послѣдствіемъ его разсказа будетъ совершеніе кѣмъ-либо указываемаго имъ преступнаго дѣянія, и безразлично относится къ этому, то мы можемъ ему вполнѣ вмѣнить совершенное другимъ лицомъ преступленіе, по тѣмъ же основаніямъ, по которымъ мы вмѣняемъ послѣдствія подобнаго безразличія непосредственному виновнику.

Умыселъ, прививаемый подстрекателемъ, можетъ быть или составленъ имъ самимъ, или воспринятъ имъ отъ другаго, такъ что подстрекателемъ можетъ явиться подстрекнутое лицо [1]); съ другой стороны, подстрекателемъ будетъ признанъ и тотъ, кто привилъ кому-либо преступный планъ не непосредственно лично, а черезъ посредство третьяго лица.

Безразлично, въ чьихъ интересахъ и изъ какихъ мотивовъ дѣйствовалъ подстрекатель. Если, напр., кто-либо подговорилъ другаго къ совершенію преступленія, зная, что онъ доставитъ этимъ выгоду или удовольствіе не себѣ, а своему другу, любовницѣ, и руководясь только этими побужденіями, то онъ все-таки будетъ отвѣчать какъ подстрекатель [2]).

Точно также безразличны и тѣ основанія, по которымъ подстрекатель прибѣгъ именно къ этому способу выполненія задуманнаго; безразлично, воспользовался ли онъ чужою помощью потому, что считалъ свои силы недостаточными, какъ, напр., при выполненіи какого-либо сложнаго преступнаго дѣянія, или потому, что находилъ личную дѣятельность неудобною, не хотѣлъ этого, или, наконецъ, потому, что физически безусловно не могъ его выполнить. Послѣдній случай вызывалъ споры въ доктринѣ. Такъ, Бернеръ, въ своей монографіи о соучастіи, предлагалъ считать такихъ лицъ не подстрекателями, а пособниками; но такое ограниченіе представляется и не нужнымъ, и не вѣрнымъ. Если мы считаемъ виновникомъ потопленія лицо, прорвавшее плотину, виновникомъ поджога—подложившаго зажженные матеріалы подъ зданіе, хотя, конечно, эти преступленія могли быть только выполнены стихійными силами, то на этомъ же основаніи мы должны признать параличнаго подстрекателемъ къ убійству, нанесенію побоевъ; импотентнаго или даже женщину подстрекателемъ къ изнасилованію, неграмотнаго—къ подлогу. Исключеніе представятъ только, какъ мы увидимъ далѣе, тѣ случаи, когда невозможность выполненія представляется не фактическою, а юридическою, когда преступное дѣяніе предполагаетъ, по своему составу, во всѣхъ участвующихъ наличность особенныхъ условій и признаковъ, напр., особенное служебное положеніе.

---

1) Впрочемъ, В. Спасовичъ, стр. 171, ставитъ условіемъ подстрекательства, чтобы виновный «выростилъ въ себѣ умыселъ преступный», но ничѣмъ не обосновываетъ это требованіе.

2) Иначе смотрятъ на это многіе защитники субъективнаго принципа отличія главныхъ и второстепенныхъ виновниковъ, какъ Buri, Theilnahme, стр. 9, Langenbeck, стр. 143, которые считаютъ признакомъ подстрекательства, чтобы виновный разсматривалъ то, къ чему онъ подстрекаетъ, какъ свое собственное дѣло.

Подстрекательство можетъ быть однократное, или, смотря по обстоятельствамъ, многократное; можетъ быть одно подстрекательство къ нѣсколькимъ дѣяніямъ и наоборотъ, подстрекательство къ одному дѣянію нѣсколькими лицами.

Указывая на эту возможность подстрекательства не изъ личныхъ побужденій, мы естественно встрѣчаемся съ вопросомъ: будетъ ли подстрекателемъ тотъ, кто возбуждалъ къ преступленію съ цѣлью предать совершителя правосудію и подвергнуть его отвѣтственности? [1]) Случаи этого рода, къ сожалѣнію, встрѣчаются въ судебной практикѣ всѣхъ странъ [2]). Такого рода подстрекателями могутъ быть и частныя лица, но всего чаще въ этой роли являются низшіе агенты полицейской власти, сыщики, исполняя роль такъ называемыхъ agents provocateurs (Lockspitzel). Можно ли примѣнить къ этимъ лицамъ понятіе подстрекательства при наличности, разумѣется, всѣхъ общихъ условій таковаго?

Прежде всего несомнѣнно, что одно только желаніе подвергнуть законной отвѣтственности подстрекнутаго не можетъ устранить наказуемости подстрекнувшаго. Если кто-либо подговорилъ, положимъ, своего брата на убійство, съ тѣмъ, чтобы потомъ донести на него и воспользоваться его имуществомъ, какъ лишеннаго правъ, или, какъ приводитъ примѣръ Глазеръ, съ тѣмъ, чтобы, воспользовавшись его заарестованіемъ, обольстить его жену или дочь, то, конечно, такое лицо является не только безнравственнымъ дѣятелемъ, но и уголовно наказуемымъ подстрекателемъ.

Даже и въ тѣхъ случаяхъ, когда подстрекатель руководствуется не личными побужденіями, а своеобразно понимаемыми обязанностями службы или интересами общественными, подобная ссылка недостаточна для признанія подстрекательства безнаказаннымъ. Ссылка на служебныя обязанности сама по себѣ несостоятельна уже потому, что никакой законъ не уполномочиваетъ и не можетъ уполномочить кого-либо на подобную дѣятельность. Обязанность полиціи состоитъ въ раскрытіи совершенныхъ преступныхъ дѣяній или въ предупрежденіи готовящихся; но и въ томъ, и въ другомъ случаѣ, эта дѣятельность не имѣетъ ничего общаго съ созданіемъ новыхъ преступленій или преступныхъ попытокъ. Такая ссылка не извинительна не только тогда, когда данный агентъ по своему почину прибѣгъ къ подобному способу открытія преступника, но и тогда, когда онъ дѣйствовалъ по приказу начальника, такъ

---

1) Въ нѣмецкой литературѣ впервые этотъ вопросъ былъ подробно разсмотрѣнъ Геппомъ, Archiv, 1848, стр. 306 и сл., горячо защищавшимъ мнѣніе о безусловной отвѣтственности этихъ лицъ. Ср. Löwenheim, стр. 50; Kohler, стр. 115. Усиленная полицейская дѣятельность этого рода въ послѣднемъ десятилѣтіи прошлаго вѣка вызвала подробныя монографіи: Dopffel, Strafrechtliche Verantwortlichkeit des «agent provocateur» 1899; R. Katzenstein, Der agent provocateur vom Standpunct des R. St. rafgesetzbuch L. Z. XXI, стр. 374—440.

2) Любопытные случаи этого рода встрѣчались и въ нашей судебной практикѣ: напр., дѣло Вавилова, обвиняемаго въ покушеніи на убійство и въ грабежѣ, въ Судебномъ Вѣстникѣ 1869 г. №№ 10—12; дѣло о сыщикѣ Фроловѣ, обвиняемомъ въ подстрекательствѣ Вѣткова къ похищенію билетовъ изъ экспедиціи заготовленія государственныхъ бумагъ, тамъ же, № 44 и сл. Во всѣхъ этихъ случаяхъ присяжные признали сыщиковъ-подстрекателей безусловно виновными. Но изъ новыхъ криминалистовъ находятся и защитники необходимости такой полицейской дѣятельности— Kohler, Dopffel.

какъ подобный приказъ беззаконенъ. Поэтому лицо, подговорившее другаго совершить преступленіе для того, чтобы захватить его во время совершенія и предать правосудію, совершаетъ дѣяніе, не только не совмѣстное съ представленіемъ о нормальныхъ функціяхъ органовъ правительственной власти, но и подводящее учинившаго подъ понятіе подстрекателя, потому что въ его дѣятельности совмѣщаются всѣ существенныя условія подстрекательства: онъ сознавалъ, что онъ подговариваетъ другое лицо, онъ сознавалъ, что онъ подговариваетъ къ преступному дѣянію, онъ сознавалъ, что послѣдствіемъ его подговора будетъ или, по крайней мѣрѣ, можетъ быть преступная дѣятельность вовлеченнаго. Мало того, онъ не только сознавалъ послѣднее условіе, но и желалъ его наступленія, а съ тѣмъ вмѣстѣ желалъ, или, по крайней мѣрѣ, безразлично относился къ таковому. Если такой увлекатель неопытныхъ умовъ и пылкихъ сердецъ подстрекаетъ къ вступленію въ тайное сообщество или къ учиненію какого-нибудь анархическаго дѣйствія, то онъ не можетъ не желать, чтобы такое дѣйствіе или, по крайней мѣрѣ, наказуемая попытка таковаго не произошла, ибо безъ этого послѣдствія вся его работа пропала, и никакого поощренія и отличія ему не получить. Но, разумѣется, то же соображеніе примѣняется и къ вовлеченію въ другія преступленія: поддѣлку денежныхъ знаковъ, убійство, поджогъ, а потому вовлекшій долженъ быть наказанъ, какъ соучастникъ въ учиненномъ преступномъ дѣяніи.

При этомъ, по моему мнѣнію, постановка вопроса не измѣнится, если и будетъ доказано, что лицо, склоненное къ этому дѣянію, имѣло преступныя наклонности, могло казаться опаснымъ, но не было преступникомъ. Если кто-нибудь, зная, что лицо нуждается въ средствахъ и не прочь поправить свои дѣла какимъ бы то ни было путемъ, подговариваетъ его принять участіе въ дѣланіи фальшивыхъ ассигнацій, или, зная пылкій характеръ, способность къ увлеченіямъ какого-либо юноши, уговариваетъ вступить въ тайное общество, заняться пропагандою, то судъ можетъ и долженъ признать такого подговорщика уголовно наказуемымъ: онъ создалъ преступленіе, а, слѣдовательно, и преступника, если, конечно, мы не признаемъ, что для наказуемости достаточно одной преступной насыщенности, преступности лица [1]).

Нѣсколько иными представляются тѣ случаи, когда подговариваемое лицо уже разыскивается властью за учиненное имъ какое-либо иное преступное дѣяніе, когда въ совершеніи новаго дѣянія или даже покушенія на него нѣтъ никакого интереса, а засада устраивается не для привлеченія къ отвѣтственности за вновь учиненное, а только для захвата преступника. Если такую полицейскую дѣятельность по разнымъ причинамъ нельзя назвать вполнѣ раціональною, въ особенности въ виду той опасности, которая грозитъ жертвѣ вновь придуманнаго преступнаго дѣянія, и въ виду возможности достичь задуманнаго иными средствами, то, съ другой стороны, здѣсь можно

---

[1]) Германскій Reichsgericht, однако, въ рѣшеніи 17 февр. 1887 г. призналъ, что такой сыщикъ ненаказуемъ, когда умыселъ его былъ направленъ на учиненіе лишь покушенія, при которомъ подговоренный могъ бы быть захваченъ и исполнитель перешелъ, такъ сказать, предѣлы подговора. Kohler, в. с., стр. 123. Но такое толкованіе, любопытный показатель времени, не соотвѣтствуетъ ученію объ эксцессѣ. Напротивъ того, австрійскій кассаціонный судъ (въ 1857 г.), а за нимъ и австрійскіе юристы—Глазеръ, Гейеръ, даютъ противоположный отвѣтъ.

возражать противъ наличности подстрекательства, такъ какъ дѣйствительное учиненіе этого дѣянія или даже наказуемая попытка на него подстрекавшимъ и не предполагались. Но при такихъ условіяхъ, очевидно, нѣтъ основанія вовлекать въ преступленія, угрожаемыя смертною казнью или каторгою [1]).

Обращаюсь къ подстрекнутому. Подстрекательство предполагаетъ сознательное вовлеченіе, склоненіе чьей-либо воли къ совершенію преступнаго дѣянія.

Конечно, если выходить изъ того положенія, что человѣкъ, какъ существо свободно разумное, опредѣляется въ своихъ дѣйствіяхъ исключительно изъ себя, по личному усмотрѣнію, т. е. стоять на почвѣ индетерминизма, то такое воздѣйствіе подстрекателя не можетъ служить основаніемъ его отвѣтственности за учиненное: А. подговорилъ Б. на совершеніе убійства, но такъ какъ Б., въ дѣйствительности, рѣшается только по собственному волеопредѣленію, то убійство и можетъ быть вмѣнено ему одному; подговорщикъ же можетъ отвѣчать только за актъ подговора или самое большее за участіе въ чужомъ преступномъ дѣяніи. Между подговоромъ и смертью не будетъ никакого причиннаго отношенія, какъ не существуетъ его между дѣйствіями лица, приготовившаго отраву, и смертью предполагаемой жертвы, происшедшею отъ удара молніи. Это замѣчаніе одинаково относится какъ къ прежней доктринѣ безусловной свободы воли, такъ и къ новѣйшему индетерминизму, допускающему значеніе мотивовъ дѣйствія, но при условіи вполнѣ свободнаго выбора между мотивами, такъ какъ самопочинность дѣйствія уничтожаетъ связь учиненнаго съ подстрекательствомъ [2]).

Иначе ставится вопросъ съ точки зрѣнія закономѣрности человѣческихъ дѣйствій. Если каждое лицо опредѣляется въ своей дѣятельности мотивами, вытекающими частью изъ его личнаго опыта, характера, привычекъ, а частью изъ обстоятельствъ, существующихъ въ моментъ дѣятельности, къ числу которыхъ, очевидно, относится и воздѣйствіе, подговоръ другого, то дѣйствія, совершенныя вслѣдствіе подговора, являются вполнѣ аналогичными съ дѣйствіями, вызванными ощущеніями голода, жажды, а потому вмѣняются

---

1) Катценштейнъ въ своей монографіи приходитъ къ иному выводу—именно къ признанію ненаказуемости agents-provocateurs, съ одной стороны, потому, что не можетъ быть наказуемаго подстрекательства къ покушенію, а они именно подстрекаютъ къ такому, а съ другой стороны потому, что въ ихъ умыслѣ нѣтъ элемента противоправности. Оба эти вывода онъ строитъ частью на текстѣ германскаго уложенія, частью на практикѣ Reichsgericht'a. Къ счастью у насъ ни законъ, ни практика не даютъ основаній для такого толкованія. А. Dopffel, стр. 88, признавая такихъ подстрекателей вообще наказуемыми, допускаетъ возможность ихъ безнаказанности (стр. 89) только въ томъ случаѣ, если изъ всей дѣятельности сыщика ясно видно, что онъ не имѣлъ умысла, необходимаго для подстрекателя, въ особенности, если его стремленіе съ самаго начала было направлено только къ учиненію покушенія на преступленіе и дѣятельность подстрекнутаго, благодаря стараніямъ агента или по другимъ причинамъ, остановилась на покушеніи, или хотя съ формальной стороны и воспроизвела составъ преступленія, но не наступило матеріальное нарушеніе права, которое составляло сущность преступнаго дѣянія.

2) Geyer въ Holtzendorff's Handbuch, § 9, говоритъ: «съ точки зрѣнія индетерминизма является необъяснимымъ какъ самый институтъ подстрекательства, такъ и его наказуемость». Въ защиту теоріи индетерминизма см. Ortmann, Ueber die Fictionen der Ursachlichkeit in der Lehre von der Theilnahme, въ G. 1876 г., стр. 83. Съ точки зрѣнія индетерминизма и объясняется главнымъ образомъ отнесеніе подстрекательства къ пособничеству.

*

совершившему, такъ что наличность подговора отнюдь не исключаетъ отвѣтственности подговореннаго. Съ другой стороны, созданіе мотивовъ для дѣятельности другаго совершенно равнозначительно съ возбужденіемъ какихъ-либо силъ природы, а потому виновный въ такомъ подговорѣ отвѣчаетъ за учиненное подговореннымъ по общимъ началамъ ученія о причинной связи, и при томъ не какъ за чужую вину, а, какъ и всѣ соучастники, за общую вину, причинившую преступное посягательство на правоохраненный интересъ [1]).

Для того, чтобы дѣйствія подстрекателя могли служить мотивомъ дѣятельности подстрекнутаго, необходимо, чтобы послѣдній находился въ такомъ психическомъ состояніи, при которомъ склоненіе его представлялось возможнымъ, чтобы онъ могъ быть совиновникомъ.

На этомъ основаніи, если подговоренный будетъ недѣеспособнымъ, то подстрекательства нѣтъ, а склонившій долженъ разсматриваться, какъ было указано ранѣе, какъ физическій виновникъ, хотя бы онъ въ моментъ дѣйствія и отсутствовалъ.

Эта дѣеспособность подговореннаго должна существовать въ моментъ подговора, т. е. онъ долженъ находиться въ условіяхъ вмѣненія; поэтому подговора нѣтъ, если исполнитель дѣйствовалъ подъ вліяніемъ физическаго принужденія [2]).

Болѣе спора возбуждаетъ вопросъ о принужденіи психическомъ. Если кто-нибудь, подъ угрозою смерти, требуетъ отъ другаго выполненія преступленія и достигаетъ требуемаго, то можно ли его считать подстрекателемъ, или же онъ будетъ единичнымъ физическимъ виновникомъ? Я полагаю, что отвѣтъ долженъ быть данъ на основаніи установленныхъ выше общихъ началъ объ отвѣтственности соучастниковъ. Если дѣйствіе исполнителя утратило преступный характеръ, то нѣтъ соучастія, нѣтъ и подстрекательства; такимъ образомъ, если мы признаемъ, что психическое принужденіе поставило принуждаемаго въ состояніе крайней необходимости, лишило его дѣятельность характера самостоятельнаго участія въ преступномъ дѣяніи, то отвѣтственнымъ является только принудившій; если же угроза не достигла такого размѣра, то, конечно, она можетъ быть однимъ изъ средствъ опредѣленія другаго къ дѣйствію, т. е. однимъ изъ средствъ подстрекательства.

Наконецъ, нельзя говорить о подстрекательствѣ, когда кто-либо побудилъ другаго къ учиненію какого-либо дѣйствія обманомъ, посредствомъ возбужденія заблужденія или путемъ пользованія его ошибкою, хотя не могу не прибавить, что этотъ вопросъ считается весьма спорнымъ. Если вовлеченный дѣйствуетъ въ силу этого обмана или ошибки неумышленно, то вовлекающій является самостоятельнымъ виновникомъ; если даже совершившій при этихъ условіяхъ, въ свою очередь, будетъ привлеченъ къ

---

1) Ср. Köhler, в. с., стр. 106 и сл.; Liszt, § 51.

2) Точно также не будетъ подстрекательства, если исполнитель дѣйствовалъ въ силу даннаго ему законнаго и обязательнаго приказа; въ этихъ случаяхъ единственнымъ отвѣтственнымъ лицомъ будетъ приказавшій; равнымъ образомъ, и въ случаѣ доказанности учиненія преступнаго дѣянія въ состояніи гипноза, внушившій будетъ отвѣчать какъ физическій виновникъ, ибо нахожденіе въ гипнозѣ есть одна изъ формъ нахожденія въ безсознательномъ состояніи.

отвѣтственности за неосторожность или небрежность, то и тогда онъ не будетъ соучастникомъ вовлекшаго, что ясно доказывается различіемъ въ объемѣ вмѣненія совершеннаго каждому изъ нихъ. Это положеніе подкрѣпляется и изложеннымъ выше ученіемъ о посредственномъ виновничествѣ. Неосторожная дѣятельность не прерываетъ причинной связи и подстрекнувшій въ этихъ случаяхъ отвѣчаетъ какъ непосредственный виновникъ результата [1]).

Любимымъ предметомъ старой доктрины въ ученіи о подстрекательствѣ былъ вопросъ о средствахъ вовлеченія: не всякое возбужденіе другаго къ преступному дѣянію считалось подстрекательствомъ, а только возбужденіе извѣстными, опредѣленными путями, а потому было необходимо изслѣдовать природу каждаго отдѣльнаго средства [2]).

Теперь все это ученіе отошло на второй планъ. Въ самомъ дѣлѣ, можно ли перечислить a priori всѣ средства воздѣйствія одного лица на другое и установить ихъ относительное значеніе? Сила и значеніе этихъ средствъ безусловно зависятъ отъ разнообразныхъ отношеній, въ которыхъ находятся эти лица. «Часто, говоритъ проф. Жиряевъ, самое сильное въ другихъ случаяхъ средство, напр., приказаніе, соединенное съ угрозою, разбивается какъ волна о скалу, встрѣчаясь съ желѣзною волею или случайнымъ капризомъ того, относительно кого она употребляется, и наоборотъ, иногда просительное слово, одно высказанное желаніе заставляютъ другаго рѣшаться на самое безумное предпріятіе, бросаться, какъ говорятъ, въ огонь и въ воду». «Безразлично, замѣчаетъ Гейеръ, заключается ли подстрекательство въ какомъ-либо мимолетномъ дѣйствіи, въ случайно брошенномъ словѣ, въ знакѣ, или же для вовлеченія понадобилась хитросплетенная махинація, рядъ заранѣе обдуманныхъ дѣйствій, мало-по-малу подготовляющихъ другаго къ роковой рѣшимости». «Сюда одинаково относятся, прибавляетъ Г. Мейеръ (§ 43), и дача или обѣщаніе прибытка и причиненіе вреда или угроза таковымъ; воздѣйствіе на разсудокъ и возбужденіе желаній или страстей, примѣненіе силы или пользованіе ошибкою; при извѣстныхъ условіяхъ даже кажущееся удержаніе отъ совершенія». Для подстрекательства необходимо только, чтобы данное лицо опредѣлило другого къ совершенію преступнаго дѣянія, какимъ бы путемъ оно этого ни достигло, если только воздѣйствіе не уничтожало вмѣненія въ вину: родъ и характеръ выбраннаго средства могутъ имѣть только процессуальное значеніе, какъ доказательство умышленности и причинной связи.

Изъ европейскихъ законодательствъ французское перечисляетъ средства подстрекательства, говоря о склоненіи подарками, обѣщаніями, угрозами, злоупотребленіемъ власти или вліянія, обманами и преступными ухищреніями, а равно и о дачѣ наставленія для совершенія преступленія. Этому перечисленію и французскіе криминалисты, и практика, придаютъ важное значеніе,

---

1) Liszt, стр. 202; онъ идетъ даже еще далѣе и говоритъ, что если подстрекнутый дѣйствовалъ безъ той спеціальной цѣли, которая требуется закономъ для состава даннаго дѣянія, то подстрекатель отвѣчаетъ какъ посредственный виновникъ.

2) Ср. изложеніе исторіи этого вопроса у Berner, Theilnahme, стр. 275 и сл.; Köstlin, стр. 306.

считая его строго ограничительнымъ и не допуская возможности подстрекательства иными средствами, кромѣ указанныхъ въ законѣ [1]). Той же системы держится бельгійское уложеніе 1867 года и голландскій кодексъ.

Германское уложеніе, опредѣляя подстрекательство въ ст. 48, хотя также говоритъ объ опредѣленіи другаго къ преступленію подарками, обѣщаніями, угрозами, злоупотребленіемъ вліянія или власти, возбужденіемъ ошибки или пользованіемъ ею, но въ заключеніе прибавляетъ къ этому перечню: «или иными какими-либо средствами»; поэтому германская практика признала, что этотъ перечень имѣетъ только характеръ примѣровъ [2]).

Еще далѣе пошло венгерское уложеніе (§ 69), которое отказалось даже и отъ примѣрнаго перечисленія средствъ, считая виновнымъ всякаго, «кто подстрекнетъ другаго къ преступленію». Этому примѣру послѣдовали итальянское уложеніе, австрійскій и швейцарскій проекты [3]).

Нашъ сводъ законовъ, относя къ пособникамъ лицъ, соотвѣтствующихъ по своей дѣятельности подстрекателямъ, указывалъ только на слѣдующія средства воздѣйствія: наемъ, подкупъ, препорученіе; но составители уложенія о наказаніяхъ 1845 г. пополнили этотъ перечень, называя подговорщиками всѣхъ тѣхъ, которые употребили просьбы, убѣжденія, подкупъ или обѣщаніе выгодъ, обольщенія и обманы, или же принужденія и угрозы. Наконецъ, дѣйствующее уголовное уложеніе отказалось отъ всякаго перечня, говоря: «подстрекавшіе другихъ къ соучастію въ преступномъ дѣяніи [4]).

Такимъ образомъ, съ точки зрѣнія теоретической, вопросъ объ отдѣльныхъ средствахъ подстрекательства могъ бы быть обойденъ молчаніемъ; но въ виду существующихъ въ теоріи и практикѣ сомнѣній я остановлюсь на нѣкоторыхъ спорныхъ способахъ подстрекательства [5]).

Такъ, г. Лохвицкій находитъ неправильнымъ отнесеніе къ средствамъ подстрекательства просьбы, какъ излишне расширяющее понятіе подстрекательства; но я полагаю, что если, конечно, не всякая просьба можетъ быть

---

1) Рѣшеніе французскаго кассаціоннаго суда 16 Ноябр. 1844 г. и 5 Окт. 1857 г., Ср. F. Hélie, I, № 200; Blanche, I, № 87; Garraud, II, № 250.

2) Подробно мотивированное рѣшеніе берлинскаго оберъ-трибунала 29 Окт. 1877 г.. напечатанное въ архивѣ Goltdammer'a за 1878 г. № 2, стр. 97—121; Reichsgericht въ рѣшеніи 1883 г. также призналъ перечень примѣрнымъ, но при этомъ прибавилъ, что при обвиненіи въ подстрекательствѣ, въ вопросахъ судъ долженъ указывать на употребленное подстрекателемъ средство, прибавивъ затѣмъ «или инымъ способомъ», чтобы не стѣснить усмотрѣнія присяжныхъ. Въ защиту этой практики—Liszt, H. Meyer, Merkel.

3) Норвежскій проектъ прямо не упоминаетъ о подстрекателяхъ, но онъ относитъ ихъ къ участникамъ, что видно изъ уменьшенной отвѣтственности лицъ, находящихся въ зависимости отъ другихъ соучастниковъ.

4) Въ окончательной редакціи проекта, внесеннаго въ Государственный Совѣтъ, въ опредѣленіе подстрекательства было вставлено слово «прямо», но въ совѣщаніи это мало опредѣленное выраженіе, вызывавшее справедливыя возраженія многихъ теоретиковъ и практиковъ въ замѣчаніяхъ на проектъ, было исключено.

5) Подробный разборъ отдѣльныхъ средствъ подстрекательства можно найти у Haus, № 488—504; Prins, Science № 560 и сл.; Geyer въ Holtzendorf's Handbuch § 15; Жиряевъ, стр. 58—66; Carrara въ своей Programme, § 442, сводитъ ихъ къ тремъ типамъ: le mandat—когда дѣяніе совершается въ интересахъ подстрекателя; le conseil—въ интересахъ исполнителя и la société—во взаимныхъ интересахъ.

признана подстрекательствомъ, то въ то же время могутъ быть въ жизни такія близкія отношенія, глубокая любовь, безграничная преданность, при которыхъ даже самой незначительной просьбы достаточно, чтобы подвинуть другаго или на геройскій подвигъ, или на преступленіе [1]).

Подъ понятіе просьбы можетъ быть подводимо и порученіе. Если такое порученіе принимается и исполняется другимъ лицомъ, то несомнѣнно, что, хотя бы порученіе и не соединялось съ прямымъ обѣщаніемъ какихъ-либо выгодъ или награды, оно, тѣмъ не менѣе, можетъ быть средствомъ вовлеченія [2]).

За просьбою слѣдуетъ убѣжденіе, т. е. представленіе такихъ основаній, въ силу коихъ совершеніе какого-либо дѣянія становится какъ бы обязательнымъ или необходимымъ для даннаго лица, объясненіе той пользы и выгодъ, которыя можно получить отъ даннаго дѣянія, или устраненіе сомнѣній и опасеній, возбуждавшихся у подстрекаемаго и т. д. Но понятно, что такое убѣжденіе тогда только составитъ подстрекательство, когда оно дѣйствительно является условіемъ, опредѣляющимъ дѣятельность другаго; простой же совѣтъ, указаніе, укрѣпленіе сложившейся рѣшимости, можетъ быть только пособничествомъ, а не подстрекательствомъ. Еще рѣже можно причислять сюда простое одобреніе, ratihabitio. Если оно относится къ плану, который былъ разсказанъ задумавшимъ, то одобреніе предполагаемой дѣятельности можетъ разсматриваться, какъ пособничество, какъ укрѣпленіе существующей рѣшимости, а одобреніе уже учиненнаго преступнаго дѣянія даже не подходитъ подъ понятіе соучастія [3]).

Далѣе слѣдуютъ подкупъ и обѣщаніе выгодъ, причемъ безразлично, были ли даны или обѣщаны деньги, или же какая-либо иная выгода, мѣсто, выгодная должность и т. п.

Близко съ предшествующею формою соприкасается обольщеніе, такъ какъ и здѣсь предполагается склоненіе къ преступленію приманкою какого-либо удовольствія, выгоды. Что касается обмана и соотвѣтствующаго ему въ западно-европейскихъ кодексахъ возбужденія ошибки или пользованія ошибкою, то они только въ томъ случаѣ составляютъ подстрекательство, если не парализуютъ психической дѣятельности исполнителя, или когда они относятся къ обстоятельствамъ, не устраняющимъ умышленности дѣйствія исполнителя, какъ, напр., обманъ по отношенію къ мотивамъ дѣятельности.

Сходно съ этимъ опредѣляется значеніе принужденія и угрозы, такъ какъ и они, въ высшемъ своемъ развитіи, исключаютъ вмѣненіе дѣянія исполнителю. Къ принужденію же нужно отнести и незаконный приказъ, исходящій отъ лица должностнаго или облеченнаго дисциплинарною властью; наконецъ,

---

1) Вторая часть статьи 403 уложенія 1845 г. назначала наказаніе подчиненному, исполнившему приказаніе или *желаніе* начальника. Ср. Berner, Theilnahme, стр. 288, Geyer въ Handbuch, стр. 356.

2) Вопросъ о томъ, можетъ ли быть mandatum средствомъ подстрекательства, былъ еще болѣе спорнымъ въ средневѣковой доктринѣ, сближавшей его съ ученіемъ гражданскаго права. Ср. Жиряевъ, стр. 58 и сл.

3) На этомъ основаніи извѣстное изреченіе Ульпіана in maleficiis ratihabitio mandato comparatur не признается въ полномъ его объемѣ современнымъ уголовнымъ правомъ.

сюда же нужно отнести злоупотребленіе властью, все равно, создается ли эта власть въ силу закона, какъ власть родителей, опекуна, начальника учебнаго заведенія, или въ силу тѣхъ особыхъ отношеній, которыя существовали между вовлеченнымъ и вовлекавшимъ.

Подстрекательство можетъ быть не только словесное и письменное, но и проявившееся въ волю выражающихъ конклюдентныхъ дѣйствіяхъ. Просьба, приказъ, порученіе вполнѣ могутъ воплотиться въ извѣстныхъ дѣйствіяхъ и знакахъ; необходимо только доказать, что въ нихъ выразилась воля лица и эта воля была принята другимъ къ руководству [1]).

Болѣе спорнымъ является вопросъ объ умолчаніи, какъ средствѣ подстрекательства (mandatum tacitum); но я полагаю, что одно молчаливое и безучастное присутствіе, какъ при совершеніи преступнаго дѣянія, такъ и при сговорѣ, не можетъ создать соучастія. Если, положимъ, говоритъ Бернеръ, дѣти, въ присутствіи отца, совѣщаются объ убійствѣ ихъ общаго фамильнаго врага и отецъ хранитъ при этомъ полное молчаніе, то хотя бы они, благодаря значенію его авторитета, и полагали, что онъ одобряетъ ихъ планы, мы, тѣмъ не менѣе. не имѣемъ никакихъ основаній для признанія его подстрекателемъ [2]). Развѣ только, при исключительной обстановкѣ, извѣстное лицо, благодаря ряду предшествующихъ условій, изъ умолчанія можетъ вывести прямой приказъ къ дѣйствію; но при такой обстановкѣ молчаніе является волю выражающимъ актомъ [3]).

Во всякомъ случаѣ для отвѣтственности за подстрекательство необходимо, чтобы выполненіе состояло въ причинномъ соотношеніи съ подговоромъ. Обыкновенно исполненіе немедленно слѣдуетъ за подговоромъ, своею непосредственностью какъ бы свидѣтельствуя о тѣсной связи дѣйствій обоихъ виновныхъ; но такая непосредственная связь во времени не составляетъ, однако, необходимаго условія. Если между подговоромъ и исполненіемъ прошло не только нѣсколько часовъ, но нѣсколько дней и даже недѣль, то и тогда возбужденіе можетъ не утратить характера подстрекательства; иногда даже протеченіе извѣстнаго промежутка времени является необходимымъ условіемъ выполне-

---

1) Въ большинствѣ нѣмецкихъ учебниковъ въ примѣръ символическаго подстрекательства приводится разсказъ Ливія о Тарквиніи Гордомъ, къ которому сынъ его Секстъ прислалъ раба спросить: какъ прикажетъ онъ поступать съ плѣнными жителями города Габіи? Тарквиній, вмѣсто отвѣта, сталъ молча ходить по саду, сшибая палкой маковыя головки, возвышающіяся надъ другими; рабъ передалъ видѣнное и, по распоряженію Секста, наиболѣе вліятельные изъ плѣнныхъ были казнены.

2) Ученіе о молчаливомъ поручительствѣ развилось, очевидно, подъ вліяніемъ гражданскаго права, такъ какъ при negotiorum gestio, напр., предполагается, что занимающійся чужими дѣлами имѣетъ безмолвное порученіе отъ хозяина. Но уже Henke, Handbuch, I, стр. 288, указалъ, что въ гражданскомъ правѣ это положеніе основано на praesumptio juris, по которому управляющій старается содѣйствовать выгодамъ владѣльца, а такое предположеніе нельзя примѣнять къ дѣйствіямъ лица, совершающаго преступленіе по предполагаемому порученію другого. Ср. Жиряевъ, стр. 58; Спасовичъ, стр. 173.

3) Подстрекательство предполагаетъ прямое направленіе воли подстрекаемаго на данное дѣяніе; но, конечно, можно себѣ представить, хотя и въ видѣ исключенія, что лицо, зная свойства характера другаго, направляетъ его къ противоположному, разсчитывая, что черезъ это вѣрнѣе достигнется желаемое; но несомнѣнно, что въ этихъ случаяхъ будетъ крайне затруднительно, а иногда и невозможно доказать истинное намѣреніе воздѣйствовавшаго.

нія дѣянія, когда, напр., дѣяніе должно быть выполнено въ отдаленной мѣстности, послѣ наступленія извѣстнаго событія, послѣ сложныхъ подготовительныхъ дѣйствій и т. д. Съ другой стороны, конечно, трудно признать подстрекательство, если подговоръ былъ осуществленъ спустя долгое время, по истеченіи нѣсколькихъ лѣтъ, такъ что подстрекатель и забылъ о подговорѣ. Судья долженъ тщательно разсмотрѣть, дѣйствительно ли существовала причинная связь въ данномъ случаѣ между подговоромъ и совершеннымъ преступленіемъ.

При этомъ, такъ какъ подстрекатель выполняетъ дѣяніе черезъ другаго, то и для него центральнымъ пунктомъ является учиненное исполнителемъ. Въ подстрекательствѣ, сопровождавшемся учиненіемъ преступленія или попыткою его исполненія, прежде всего нельзя видѣть отдѣльнаго самостоятельнаго преступленія, осуществляемаго актомъ склоненія. Этимъ моментомъ оканчивается роль подстрекателя въ соучастіи, но вовсе не опредѣляется существо его дѣятельности, направленной къ осуществленію подговора, т. е. къ совершенію преступленія. Если всегда видѣть центральный пунктъ отвѣтственности подстрекателя въ подговорѣ, то подстрекатель будетъ отвѣчать за оконченное преступленіе, безотносительно къ тому, согласился ли подговоренный или нѣтъ, совершилъ ли онъ преступное дѣяніе или только пытался его совершить. Но за какое же оконченное дѣяніе будетъ отвѣчать подстрекатель? За убійство, разбой или изнасилованіе и т. п., къ которымъ онъ склонялъ? Конечно, нѣтъ, такъ какъ эти дѣянія исполнитель не началъ можетъ быть и совершать. Значитъ, при такой постановкѣ вопроса, виновность подстрекателя получаетъ безусловно самостоятельный характеръ, составитъ особый типъ преступности и перейдетъ въ особенную часть. Мало того, даже мѣра отвѣтственности подговорщика будетъ не столько зависѣть отъ свойства преступленія, къ которому онъ подговаривалъ, сколько отъ обстановки самого подговора, отъ степени энергіи подстрекателя. Лицо, придумавшее и осуществлявшее цѣлый сложный планъ подговора, прибѣгавшее и къ угрозамъ, и къ обольщеніямъ, и къ убѣжденіямъ, шедшее неуклонно къ цѣли, конечно, можетъ быть несравненно преступнѣе того, кто создалъ преступленіе простою просьбою, чуть ли не намекомъ, но такой постановки вопроса о подговорѣ не знаетъ ни одинъ кодексъ; отъ этихъ выводовъ откажутся и сторонники воззрѣнія на подговоръ, какъ на самостоятельное дѣяніе, такъ какъ этимъ уничтожается отвѣтственность подстрекателя за то преступленіе, которое онъ вызвалъ къ жизни, въ которое онъ вовлекъ другихъ, т. е. разрушается самое понятіе о немъ, какъ о соучастникѣ [1]). Подговоръ есть тотъ актъ, благодаря коему подстрекатель вкладывается въ соучастіе; но отвѣчаетъ онъ, какъ соучастникъ, не за этотъ подговоръ, а за то, что было выполнено исполнителемъ, въ силу этого подговора [2]).

---

[1]) Эти возраженія были подробно развиты еще Геппомъ въ архивѣ 1848 г., Zweiter Beitrag, стр. 268 и сл.; онъ указывалъ и на то, что тогда придется подвергать отвѣтственности и за покушеніе на подстрекательство и даже, при извѣстныхъ условіяхъ, за приготовленіе къ нему. Кестлинъ, System, § 100, замѣчаетъ, что признаніе самостоятельной виновности подстрекателя не можетъ быть оправдано даже съ точки зрѣнія крайнихъ субъективныхъ теорій.

[2]) Такъ у. к. д. въ рѣшеніи по дѣлу Титова (75/289), нашелъ, что для опредѣленія наказа-

Если же центръ виновности подстрекателя заключается въ дѣяніи, учиненномъ подговореннымъ, то самый подговоръ можетъ быть разсматриваемъ только какъ пріисканіе средствъ или приготовленіе. Поэтому, юридическое значеніе такой подговоръ можетъ имѣть или въ тѣхъ дѣяніяхъ, относительно коихъ законъ наказываетъ и приготовленіе, или же когда такой подговоръ является настолько опаснымъ, что даже если онъ и не вызвалъ никакихъ преступныхъ послѣдствій, государство все-таки подвергаетъ подговорившаго наказанію.

Если подговоръ удавшійся, принятый тѣмъ, къ кому онъ относился, представляется самъ по себѣ приготовленіемъ къ преступному дѣянію, то понятно, что попытка подговора, почему-либо не удавшаяся, будетъ только невыполненнымъ, неудавшимся приготовленіемъ. Самая неудача подговора можетъ зависѣть отъ весьма различныхъ причинъ: или а) подговоренный вполнѣ согласился на подговоръ, усвоилъ преступное намѣреніе, но не успѣлъ его выполнить; или б) подговоренный, согласившись, затѣмъ отказался отъ всякаго участія въ преступномъ дѣяніи; или в) подговоръ упалъ на каменистую почву и не далъ всхода,—подговариваемый остался непреклоннымъ; или же г) наконецъ, подговоръ оказался излишнимъ, такъ какъ подговоренный и безъ того уже рѣшился на учиненіе преступнаго дѣянія [1]).

Во всѣхъ этихъ случаяхъ, съ точки зрѣнія того преступнаго дѣянія, къ которому подговаривало данное лицо, этотъ неудавшійся подговоръ, или, какъ называлъ его проф. Жиряевъ, подстреканіе, является простымъ обнаруженіемъ умысла и, слѣдовательно, можетъ быть наказуемо только въ тѣхъ исключительныхъ случаяхъ, гдѣ наказуема одна голая злая воля [2]) или, если подговоренный согласился, но этимъ и ограничился—приготовленіе.

Но, конечно, это не исключаетъ само по себѣ возможности иногда признать наказуемымъ и такое обнаруженіе преступной воли, какъ самостоятельное преступное дѣяніе. Подобно тому какъ уголовные кодексы наказываютъ бродягъ и нищихъ, у коихъ оказались отмычки, фальшивые ключи, наказываютъ

нія за подстрекательство необходимо, чтобы дѣйствіе подстрекателя имѣло послѣдствіе. Это вытекаетъ, замѣчаетъ онъ, какъ изъ общаго смысла закона, опредѣляющаго отвѣтственность только за преступный умыселъ, выразившійся во внѣшнихъ дѣйствіяхъ подстрекателя, такъ и изъ буквальнаго смысла ст. 11 улож. 1845 г., въ которой подстрекательство упомянуто въ числѣ видовъ участія въ преступленіи содѣянномъ. То же повторено въ рѣшеніяхъ по дѣламъ: Андреева (71/1077), Войникова (71/1309) и Коваленко (75/666), а въ рѣшеніи по дѣлу Плескова (74/390), прямо указано, что одно подстрекательство, при несогласіи на выполненіе физическаго виновника, ни въ какомъ случаѣ не можетъ считаться покушеніемъ.

1) См. обзоръ этого ученія у Geyer въ Holtzendorf's Handbuch, § 11; Arnold, Misslungene Anstiftung zum Verbrechen, въ G. за 1859 г., стр. 126.

2) Нельзя, впрочемъ, не замѣтить, что многіе писатели, защищавшіе субъективное воззрѣніе на сущность покушенія, признавали покушеніемъ и неудавшееся подстрекательство на томъ основаніи, что изъ такого дѣйствія можно ясно распознать злую волю, ея направленіе и энергію; но противъ этой попытки можно привести всѣ тѣ возраженія, какія были сдѣланы выше противъ субъективной теоріи, а въ данномъ случаѣ можно даже прибавить, что подстрекатель не только не воспроизводилъ состава даннаго преступленія, но и не могъ воспроизвести. Ср. любопытные примѣры изъ практики нашего главнаго военнаго суда въ моемъ курсѣ, III, № 473, пр. 317; по дѣламъ Донико-Іорданеско и Опарина онъ призналъ неудавшееся подстрекательство—обнаруженіемъ умысла, наказуемымъ по ст. 111 улож. 1845 г.

лицъ, захваченныхъ въ чужомъ лѣсу съ орудіями, пригодными для рубки, такъ въ силу той же опасности для правоохраненнаго интереса можетъ быть наказанъ и виновный въ неудавшейся попыткѣ склонить кого-либо къ учиненію преступнаго дѣянія. Фактъ подговора заключаетъ въ себѣ не только преступную волю, но и извѣстную дѣятельность, иногда весьма сложную, упорную, представляющую дѣйствительную опасность для общества; такой подговоръ можетъ представлять болѣе значенія, чѣмъ храненіе пороха, ношеніе оружія тамъ, гдѣ это запрещено и т. п. Такое значеніе можетъ имѣть не только подговоръ неопредѣленнаго количества лицъ, возбужденіе массъ, толпы, но и подговоръ отдѣльнаго лица.

До послѣдняго времени въ законодательствахъ постановленія о наказуемости неудавшагося подстрекательства встрѣчались только при преступленіяхъ политическихъ; такъ, напр., по французскому кодексу (§ 89) наказывается предложеніе. сдѣланное, но не принятое, составить заговоръ (proposition faite et non agréede former un complot) съ цѣлью посягнуть на личность главы государства, или возстать противъ существующаго образа правленія.

Но теперь эта область получила значительное расширеніе. Въ 1875 г. въ Бельгіи, по поводу извѣстнаго дѣла нѣкоего Duschesne, предлагавшаго парижскому архіепископу свои услуги для убійства тогдашняго канцлера германской имперіи князя Бисмарка, состоялся, подъ сильнымъ давленіемъ германскаго правительства, законъ, на основаніи коего назначалась тюрьма отъ 3-хъ мѣсяцевъ до 5 лѣтъ и штрафъ отъ 50—500 франк. всякому лицу, которое предложитъ совершить или будетъ побуждать другое лицо совершить преступленіе или участвовать въ совершеніи преступленія, караемаго смертною казнью или каторжными работами, а равно и того, кто приметъ это предложеніе, причемъ словесное предложеніе могло влечь отвѣтственность лишь въ томъ случаѣ, когда оно сопровождалось подарками или обѣщаніями [1]). Затѣмъ законъ 25 Марта 1891 г. призналъ наказуемымъ тюрьмою до 3-хъ лѣтъ и штрафомъ до 3.000 франк. злостное (méchante) и прямое возбужденіе къ совершенію преступленія или нѣкоторыхъ исчисленныхъ въ законѣ проступковъ [2]).

Подобное же начало приняло германское законодательство въ законѣ 26 Февраля 1876 г. [3]), который постановляетъ (§ 49 a), что кто возбуждаетъ другаго къ учиненію преступленія или къ участію въ немъ и кто принимаетъ такое предложеніе, тотъ наказывается (если законъ не назначаетъ болѣе строгой отвѣтственности) или тюрьмою не ниже 3-хъ мѣсяцевъ, если преступленіе влечетъ смертную казнь или Zuchthaus, или же тюрьмою или крѣпостью до 2-хъ лѣтъ, при всѣхъ другихъ преступленіяхъ; тому же наказанію подлежитъ и тотъ, кто предложитъ свои услуги для совершенія преступленія, или

---

1) Всѣ данныя, касающіяся этого закона, приведены въ Législation criminelle de la Belgique, par J. Nypels.

2) F. Thiry, Cours de droit criminel, 1895 г. № 245.

3) Ср. Stemann, Ueber das Anerbieten zur Begehung eines Verbrechens und die Annahme dieses Anerbietens, въ G. за 1876 г., стр. 266—277; Schwarze, Die Strafrechtsnovelle und der Reichstag, тамъ же, стр. 367—385.

же приметъ такое предложеніе; но если возбужденіе или предложеніе были сдѣланы на словахъ, то для наказуемости необходимо, чтобы съ ними соединялось обѣщаніе какихъ-либо выгодъ. Прочія новыя европейскія законодательства, венгерское, голландское и итальянское, не содержатъ постановленій этого рода.

Такимъ образомъ, германская новелла, какъ и бельгійскій законъ, идутъ гораздо далѣе наказуемости простаго подстреканія, а потому ссылки въ защиту новеллы, которыя дѣлались въ Reichstag'ѣ на авторитеты Кестлина, Гельшнера, Гейба, представляются по меньшей мѣрѣ не точными, такъ какъ въ полномъ своемъ объемѣ это постановленіе противорѣчитъ самымъ элементарнымъ положеніямъ наиболѣе популярныхъ нѣмецкихъ учебниковъ.

Въ особенности противорѣчитъ усвоеннымъ наукою началамъ о наказуемости за проявленіе преступной воли во внѣ установленная новеллою отвѣтственность за непринятое предложеніе преступныхъ услугъ, въ коемъ нѣтъ даже попытки приготовленія, а содержится простое заявленіе о преступныхъ наклонностяхъ, стремленіяхъ, стоящихъ внѣ человѣческаго правосудія. Почему же въ такомъ случаѣ не наказывать всякое проявленіе злого умысла, въ чемъ бы оно ни заключалось? Какое широкое поле для судейскаго произвола, для самыхъ невѣроятныхъ обвиненій, въ особенности тамъ, гдѣ къ обвиненію присоединятся политическія страсти [1])!

По нашему уложенію о наказ. 1845 г. неудавшееся подстрекательство наказывалось при политическихъ преступленіяхъ, а именно: при посягательствѣ на личность Государя Императора и Членовъ Царствующаго Дома, причемъ ст. 243 смотрѣла на предложеніе другому принять участіе въ семъ преступленіи какъ на обнаруженіе умысла, хотя и назначало за это смертную казнь.

Сверхъ сего въ законѣ существовало особое постановленіе объ отвѣтственности за угрозы, сдѣланныя съ цѣлью побудить къ совершенію преступнаго дѣянія (ст. 1548 по изд. 1885 г.), причемъ виновный наказывался какъ за покушеніе на то преступленіе, къ коему онъ принуждалъ.

Уложеніе дѣйствующее говоритъ о наказуемомъ неудавшемся подговорѣ къ составленію сообщества для учиненія мятежа или къ принятію участія въ таковомъ сообществѣ (ст. 102).

Нѣсколько иной характеръ имѣетъ подстрекательство, неудавшееся потому, что подговариваемый и помимо того уже рѣшился на совершеніе преступнаго дѣянія (alias seu omnimodo facturus); въ этомъ случаѣ, по моему мнѣнію, необходимо различать нѣсколько оттѣнковъ. Если у кого-нибудь мелькала мысль о преступленіи, если онъ находился въ такихъ условіяхъ, что готовъ былъ рѣшиться на всякое преступленіе, и такимъ его состояніемъ воспользовалось третье лицо, окончательно убѣдившее или обольстившее его, то это послѣднее лицо можетъ быть признано подстрекателемъ. Если подговариваемый рѣшился уже на преступленіе, но подговоръ только укрѣпилъ его рѣшимость, рѣшившійся извлекъ изъ него полезныя свѣдѣнія, указанія, то подговаривающій можетъ считаться интеллектуальнымъ пособникомъ. На-

---

[1]) Ср. по этому вопросу Hälschner, стр. 409.

конецъ, если подговоръ не имѣлъ никакого значенія, и подговорившій, кромѣ этой безплодной попытки, не принималъ другаго участія въ преступномъ дѣяніи, ни физическаго, ни психическаго, то, казалось бы, его вовсе нельзя признавать соучастникомъ.

183. Ставя отвѣтственность подстрекателей и пособниковъ въ зависимость отъ юридической характеристики дѣятельности исполнителей, мы, по необходимости, встрѣчаемся съ весьма любопытнымъ вопросомъ о значеніи несоотвѣтствія между тѣмъ, что предполагалось соучастниками, и тѣмъ, что выполнено физическими виновниками, или, употребляя терминъ, усвоенный въ германской литературѣ, съ вопросомъ о значеніи эксцессовъ исполнителя [1]).

Вопросъ этотъ, конечно, имѣетъ одинаковое значеніе какъ по отношенію къ подстрекателю, когда выполненное вовлеченнымъ не соотвѣтствуетъ тому, во что вовлекалъ подговорщикъ, такъ и по отношенію къ пособнику, когда учиненное не соотвѣтствуетъ тому, чему предполагалось оказать помощь и содѣйствіе; но для упрощенія обзора этого ученія я буду говорить главнымъ образомъ только объ эксцессахъ подстрекнутаго по отношенію къ подстрекателю.

Обращаясь же къ существу вопроса, я полагаю, что правильное его рѣшеніе можетъ быть сдѣлано по аналогіи вмѣненія учиненія дѣянія одиночному дѣятелю, имѣя притомъ въ виду два разсмотрѣнныя выше положенія: во-1-хъ, что для вмѣненія въ вину, и притомъ въ вину умышленную, вовсе не требуется тождества предположеннаго и учиненнаго, а только сходство до извѣстныхъ предѣловъ, и во-2-хъ, что привходящая умышленная дѣятельность лица имѣетъ значеніе самостоятельной силы, а потому и прерываетъ внѣ условій соглашенія и общности вины причинное соотношеніе наступившаго результата съ первоначальною дѣятельностью лица.

Въ виду этого, вопросъ о превышеніи соглашенія исполнителемъ представляется далеко не однороднымъ, а въ немъ необходимо различать нѣсколько оттѣнковъ.

Если отклоненіе не есть продуктъ сознательной и волимой дѣятельности исполнителя, а произошло вслѣдствіе развитія послѣдствій его дѣятельности, происходящей отъ разнообразныхъ извнѣ приходящихъ условій, то измѣнившееся преступное дѣяніе вмѣняется и подстрекателю. Такимъ образомъ, если кто-либо подговорилъ другаго вырвать кому-либо глазъ, подговоренный выполнилъ подговоръ, а изувѣченный вслѣдствіе этого увѣчья умеръ, и если, далѣе, по закону увѣчье, сопровождавшееся смертью, составляетъ новый квалифицированный видъ тѣлеснаго поврежденія, то и подстрекатель отвѣчаетъ за этотъ квалифицированный видъ. То же нужно сказать объ обстоятельствахъ мѣста и времени совершенія, о присутствіи при совершеніи дѣянія другихъ лицъ: насколько эти обстоятельства вліяютъ на отвѣтствен-

---

1) Ср. обзоръ различныхъ мнѣній по этому вопросу у Geib, Lehrbuch, стр. 353; Langenbeck § 55.

ность независимо отъ сознательной постановки ихъ условіями дѣятельности, они несомнѣнно вліяютъ и на отвѣтственность подстрекателя.

Далѣе, точно также не всегда устраняютъ вмѣненіе подстрекателю учиненнаго и измѣненія, сдѣланныя исполнителемъ сознательно и волимо. Во-1-хъ, вмѣненіе остается, если учиненное дѣйствіе, implicite, заключается въ подговорѣ. На этомъ основаніи, подговорившій къ убійству отвѣчаетъ и за покушеніе на него или за приготовленіе, если только таковое выполнено исполнителемъ; подговорившій къ кражѣ со взломомъ отвѣчаетъ за учиненную кражу, хотя и выполненную физическимъ виновникомъ безъ взлома, и т. д. На этомъ же основаніи, конечно, лицо, подстрекавшее альтернативно къ нѣсколькимъ преступнымъ дѣяніямъ, отвѣчаетъ за каждое изъ нихъ, въ дѣйствительности выполненное подстрекнутымъ [1]); во-2-хъ, подстрекатель отвѣчаетъ, если измѣненное, хотя и не было прямо желаемо имъ, но было допускаемо, такъ что онъ относился къ этому безразлично, при чемъ наличность такого допущенія можетъ быть выведена не только изъ прямыхъ заявленій подстрекателя, но изъ всѣхъ условій и обстановки подговора, когда измѣненіе съ большею или меньшею необходимостью, по естественному ходу событія, вытекало изъ той дѣятельности, къ которой онъ подговаривалъ. Такимъ образомъ, лицо, подговорившее кого-либо учинить кражу изъ запертой кладовой, отвѣчаетъ и за взломъ, учиненный для этой кражи исполнителемъ; въ-3-хъ, подстрекатель отвѣчаетъ, если измѣненіе относилось къ несущественнымъ условіямъ дѣятельности, не измѣняющимъ существа умышленной виновности, какъ, напр., измѣненіе предположеннаго мѣста или времени дѣйствія и даже, въ большей части случаевъ, измѣненіе предположенныхъ средствъ и способовъ дѣйствія; подобно тому, какъ мы считаемъ убійцею человѣка, который сбросилъ другаго въ воду, желая его утопить, хотя бы въ дѣйствительности смерть жертвы послѣдовала не отъ утопленія, а отъ того, что брошенный ударился головою о камень, бывшій подъ водою, мы признаемъ подстрекателемъ къ убійству того, кто подговорилъ другаго застрѣлить кого-либо, а подговоренный, давшій промахъ изъ пистолета, зарѣзалъ или задушилъ жертву. Мало того, такъ какъ при соучастіи непосредственнымъ средствомъ исполненія является не неодушевленный предметъ, а сознательно дѣйствующее лицо, то понятно, что при подстрекательствѣ или вообще при соучастіи подробности исполненія не опредѣляются заранѣе, а представляются болѣе или менѣе на усмотрѣніе исполнителей: планъ дѣйствія опредѣляется только въ общихъ чертахъ, такъ что приступившій къ соучастію соглашается какъ бы на всякіе пріемы и дѣйствія исполнителя [2]).

---

1) По этимъ же соображеніямъ, ошибка при выполненіи преступнаго дѣянія (aberratio delicti) или ошибка въ объектѣ (error in objecto) вмѣняются подстрекателю по тѣмъ же началамъ, какія были указаны выше относительно вмѣненія ихъ физическому дѣятелю. Лицо, подговорившее убить своего врага, отвѣчаетъ за подговоръ къ умышленному убійству, хотя подговоренный по ошибкѣ убилъ не своего врага, а третье лицо. Siegel, Verwechselungsfälle bei der Anstiftung. 1895 г.

2) Такъ, по дѣлу Цукермана (73/45), по поводу жалобы его на то, что онъ признанъ подстрекателемъ къ лжесвидѣтельству подъ присягою, хотя въ вопросахъ о его виновности этого послѣдняго признака указано не было, угол. касс. деп. нашелъ, что подговоръ къ лжесвидѣтельству на судѣ такого лица, которое можетъ и обязано по закону давать свои показанія на судѣ подъ присягою,

Наконецъ, если сознательно учиненное исполнителемъ отклоненіе относится къ существеннымъ условіямъ дѣятельности и по отношенію къ таковому отклоненію нельзя установить ни прямаго, ни даже косвеннаго согласія подстрекателя, въ особенности, если оно противорѣчило прямо выраженной имъ волѣ, то это измѣненіе и не можетъ быть поставлено въ вину подстрекателю; въ силу этого, если измѣненіе дѣлало учиненное квалифицированнымъ преступнымъ дѣяніемъ, то подстрекатель отвѣчаетъ только за простое; если же оно придавало учиненному характеръ преступнаго дѣянія совершенно инаго рода, то подстрекатель отвѣчаетъ только за подговоръ, а не за то, что было дѣйствительно учинено. Такимъ образомъ, если подстрекатель подговорилъ къ кражѣ, а подговоренный въ томъ же домѣ и въ томъ же мѣстѣ совершилъ изнасилованіе, то, конечно, таковое не можетъ быть поставлено въ вину подстрекателю, хотя бы и можно было доказать, что виновный не совершилъ бы изнасилованія, если бы ранѣе не согласился на кражу и тѣмъ не заглушилъ въ своей душѣ послѣдніе остатки совѣсти, уваженія къ закону, и т. п.; для подстрекательства необходимо склоненіе къ опредѣленному дѣянію, а не возбужденіе преступныхъ наклонностей вообще.

184. Возможность учиненія преступнаго дѣянія нѣсколькими лицами, конечно, можно представить при всякомъ преступномъ дѣяніи, какъ важномъ такъ и маловажномъ, какъ при содѣяніи, такъ и при бездѣйствіи; можетъ быть подстрекательство къ неявкѣ на судъ въ качествѣ свидѣтеля или пособничество, напр., куренію въ недозволенномъ мѣстѣ[1]). Единственное исключеніе, по моему мнѣнію, составляютъ тѣ дѣянія, которыя, по природѣ своей, устраняютъ возможность общенія въ винѣ, т. е. учиненныя по неосторожности.

Но иначе, конечно, ставится этотъ вопросъ въ законодательствахъ; такъ же, какъ и при покушеніи, по соображеніямъ уголовной политики, законодатель можетъ при маловажныхъ дѣяніяхъ ограничиться только наказуемостью непосредственныхъ виновниковъ.

Такъ, по code pénal, правила о соучастіи примѣняются только при crimes и délits, а при contraventions наказываются только исполнители, за исключеніемъ нѣкоторыхъ, особо указанныхъ случаевъ[2]). То же правило принимаютъ кодексы бельгійскій и итальянскій.

долженъ влечь за собою наказаніе для подговорщика за соучастіе въ томъ преступленіи, которое было дѣйствительно совершено по его подговору. Въ другомъ рѣшеніи по дѣлу Левтѣева (76/217), Сенатъ высказалъ такое положеніе: подговорщикъ подлежитъ отвѣтственности и за всѣ отягчающія послѣдствія своего подговора или подстрекательства, которыя, не составляя самостоятельнаго преступленія, отдѣльнаго отъ того, на которое былъ учиненъ подговоръ, относятся только къ способамъ совершенія этого преступленія, если не будетъ признано, что въ самомъ подговорѣ заключались опредѣленныя ограниченія, которымъ исполнитель преступленія не захотѣлъ подчиниться по личнымъ своимъ побужденіямъ.

1) Еще менѣе основательно мнѣніе о недопустимости соучастія при формальныхъ преступленіяхъ, въ которыхъ наказывается самое дѣйствіе, безотносительно къ его результатамъ,—достаточно указать въ этомъ отношеніи, напр., на несомнѣнную возможность подстрекательства къ богохуленію, обидамъ, дуэли и т. п.

2) Это начало одобряютъ большинство французскихъ криминалистовъ.—Le Selleyer, Blanche, Garraud.

Германское уложеніе держится въ этомъ отношеніи нѣсколько иного начала, распространяя постановленія о совиновничествѣ и подстрекательствѣ и на нарушенія; но и оно не примѣняетъ къ послѣднимъ постановленія о пособничествѣ [1]); то же принимаетъ и голландское уложеніе.

Наше уложеніе о наказ. 1845 г. не содержало никакихъ постановленій по этому предмету, такъ что его постановленія о соучастіи примѣнялись ко всѣмъ дѣяніямъ безъ изъятія; уставъ же о наказаніяхъ, упростивъ дѣленіе соучастниковъ на виды, не коснулся этого вопроса.

Напротивъ того, въ дѣйствующее уголовное уложеніе внесено прямое постановленіе, что изъ соучастниковъ проступка наказываются только лица, непосредственно оное учинившія или участвовавшія въ его выполненіи, а подстрекатели и пособники наказываются только въ случаяхъ, особо закономъ указанныхъ.

Конечно, во всѣхъ преступныхъ дѣяніяхъ соучастіе является только возможною или факультативною формою виновничества; законный составъ каждаго изъ нихъ можетъ быть выполненъ и однимъ виновнымъ. Но существуютъ и такія дѣянія, которыя, казалось бы, могутъ быть выполняемы только при наличности нѣсколькихъ соучастниковъ, причемъ это условіе можетъ зависѣть или отъ юридической природы даннаго преступнаго дѣянія, или отъ обрисовки, данной ему законодателемъ; новая германская литература придала этимъ случаямъ особое названіе необходимаго соучастія (concursus necessarius) [2]).

---

1) За исключеніемъ случаевъ, указанныхъ въ нѣкоторыхъ спеціальныхъ законахъ. Liszt § 51 прим. 4.

2) Изслѣдованію этой формы соучастія посвящена монографія Schütze, Die nothwendige Theilnahme, 1869 г., у него изложена и исторія этого ученія (стр. 31—74); хотя онъ самъ прибавляетъ, что до нынѣшняго столѣтія этотъ вопросъ не встрѣчался ни въ законодательствахъ, ни въ доктринѣ, ни въ практикѣ, а потомъ укоренился въ нѣмецкихъ учебникахъ, но теперь начинаетъ исчезать и изъ нихъ, но самъ посвятилъ этому вопросу объемистый трудъ. Schütze различаетъ даже 5 теорій постановки этого ученія; онъ дѣлитъ это соучастіе на два вида: во-1-хъ, когда участники, выходя изъ разныхъ точекъ, встрѣчаются въ одной цѣли, напр., дуэль (Sichbegegnendeszusammenwirken, по Фрейденталю—Begegnungsdelicte), и во-2-хъ, когда они дѣйствуютъ въ одномъ направленіи (Nebeneinanderlaufendeszusammenwirken, по Фрейденталю—Konvergenzdelicte); онъ даже счелъ необходимымъ пояснить графически свои подраздѣленія, а проф. Будзинскій, начала, № 210, нашелъ нужнымъ срисовать эти безполезные схоластическіе рисунки. Ср. Borchert, § 3. Въ новой обширной монографіи по этому вопросу B. Freudenthal, Die nothwendige Theilnahme am Verbrechen. 1901 г. (стр. 6 и сл.), содержится изложеніе вопроса о томъ, кто именно изъ нѣмецкихъ писателей открылъ институтъ «необходимаго соучастія», а равно и дальнѣйшая исторія постановки его въ доктринѣ, причемъ оказывается, что до сихъ поръ въ нѣмецкой литературѣ не установилось однообразнаго воззрѣнія на сей предметъ и притомъ, по указанію Фрейденталя (стр. 22), такая неурядица существовала и до сочиненія Шютце и послѣ его появленія. Самъ авторъ (стр. 44) приходитъ къ такому выводу, что терминъ необходимое соучастіе не точенъ, а вмѣсто него слѣдуетъ поставить «необходимое участіе» (nothwendige Betheilung), такъ какъ въ этихъ случаяхъ возможно, что одинъ изъ участниковъ можетъ быть не только не наказуемъ, но и не виновенъ, напр., вслѣдствіе невмѣняемости, наличности обстоятельствъ, устраняющихъ вмѣненіе. Такимъ образомъ, понятіе необходимаго соучастія, какъ формы преступнаго единенія многихъ виновниковъ, замѣняется понятіемъ законнаго предположенія о наличности дѣятельности нѣсколькихъ лицъ, какъ законнаго предположенія состава извѣстной группы преступныхъ дѣяній, т. е. весь институтъ переносится въ ученіе о классификаціи преступныхъ дѣяній, причемъ, конечно, вопросъ о преступномъ значеніи

Если, конечно, распространять понятіе соучастія на всякое совпаденіе въ дѣятельности, то количество случаевъ такого рода будетъ довольно значительно; но если понимать подъ соучастниками общниковъ въ винѣ, то, наоборотъ, число подобныхъ дѣяній окажется весьма ограниченнымъ.

Въ самомъ дѣлѣ, къ группѣ этихъ дѣяній относятъ, напр., кровосмѣшеніе, прелюбодѣяніе, мужеложство, двоебрачіе; конечно, учиненіе этихъ дѣяній предполагаетъ наличность двухъ лицъ; но всегда ли эти лица будутъ соучастниками въ юридическомъ смыслѣ? Развѣ мы не можемъ себѣ представить мужеложство съ недѣеспособнымъ или кровосмѣшеніе или двоебрачіе съ лицомъ, и не подозрѣвавшимъ о существованіи кровной связи съ другимъ участникомъ или состоянія его въ нерасторгнутомъ бракѣ, когда, слѣдовательно, предъ закономъ уголовно отвѣтственнымъ виновникомъ будетъ одно лицо [1]). Далѣе, къ числу такихъ дѣяній относятъ дуэль; дѣйствительно, дуэль опредѣляется, какъ бой между двумя лицами; но всегда ли эти лица будутъ соучастниками? Если мы представимъ себѣ, что дуэль окончилась нанесеніемъ тяжкой раны одному изъ дуэлянтовъ, то, напр., по нашему уложенію это отягчающее обстоятельство будетъ вмѣнено только нанесшему таковую рану, а не обоимъ противникамъ, какъ слѣдовало бы по правиламъ о соучастіи. Такимъ образомъ, остается весьма немного преступныхъ дѣяній, которыя, по ихъ юридической конструкціи, а всего чаще по закону, предполагаютъ наличность двухъ или болѣе лицъ; таковы, напр., случаи неповиновенія законнымъ распоряженіямъ власти, учиненнаго нѣсколькими лицами, тяжкіе виды возстанія и сопротивленія властямъ и т. п.

При этомъ нельзя не прибавить, что и въ этихъ случаяхъ необходимое соучастіе ни по существу своему, ни по типамъ участвующихъ лицъ, ничѣмъ не отличается отъ соучастія факультативнаго.

185. Дальнѣйшій весьма существенный вопросъ въ ученіи о соучастіи составляетъ наказуемость соучастниковъ. Но такъ какъ при соучастіи мы различаемъ два момента развивающейся дѣятельности соучастниковъ: соглашеніе, объединеніе воль участвующихъ, и самое выполненіе ими задуманнаго,— причемъ иногда оба эти акта могутъ сливаться во времени, а иногда они могутъ быть отдѣляемы другъ отъ друга болѣе или менѣе значительнымъ промежуткомъ времени, то прежде всего надо разсмотрѣть, какое значеніе, съ точки зрѣнія наказуемости, имѣетъ самый актъ соглашенія, отдѣльно взятый?

дѣятельности отдѣльныхъ участниковъ отходитъ на второй планъ. Отсюда естественный шагъ, который и дѣлаетъ Фрейденталь (стр. 84 и сл.), признаніе односторонняго необходимаго соучастія, когда, даже по законной обрисовкѣ дѣянія, одинъ изъ соучастниковъ признается ненаказуемымъ и даже непреступнымъ, напр., въ случаѣ запрещенной продажи или торговли, когда наказывается только одинъ продавецъ, а покупатель, хотя и предполагается необходимымъ условіемъ состава, но не преступнымъ участникомъ (стр. 100). Едва ли нужно доказывать, что при такой постановкѣ ученіе о необходимомъ соучастіи теряетъ всякое значеніе, но Фрейденталь приходитъ именно къ противоположному выводу (стр. 99).

1) Нельзя не имѣть въ виду, что, напр., по дѣйствующему уложенію при кровосмѣшеніи несовершеннолѣтніе соучастники вовсе не подлежатъ наказанію.

Отвѣтъ на это дается двоякій: одни видятъ въ сговорѣ или въ составленіи шайки покушеніе, другіе—приготовленіе.

Съ первымъ взглядомъ едва ли можно согласиться. Какъ бы подробно и обстоятельно ни совѣщались между собою обвиняемые относительно, напр., предположеннаго ими убійства, это совѣщаніе все-таки не составляетъ дѣйствительной попытки лишить кого-либо жизни, не заключаетъ въ себѣ начала осуществленія преступнаго намѣренія, подобно тому, какъ мы не можемъ признать покушеніемъ составленіе преступнаго плана отдѣльнымъ лицомъ, хотя бы этотъ планъ и былъ окончательно сформированъ.

Такое соглашеніе, по моему мнѣнію, можетъ быть уподоблено приготовленію, такъ какъ склоненіе другаго лица или соглашеніе съ другими можетъ быть признано аналогичнымъ съ пріисканіемъ или приспособленіемъ средствъ, необходимыхъ для учиненія преступнаго дѣянія, т. е. съ приготовленіемъ.

Отсюда вытекаетъ, что, подобно приготовленію, составленіе сообщества или шайки можетъ быть наказуемо только въ случаяхъ, особо въ законѣ указанныхъ.

Это воззрѣніе принято и во всѣхъ новыхъ кодексахъ, которые наказываютъ простой сговоръ, главнымъ образомъ, при политическихъ преступленіяхъ, а составленіе шаекъ, сверхъ того, и при важнѣйшихъ преступленіяхъ противъ личности, равно какъ и при преступленіяхъ общеопасныхъ.

Уложеніе о наказаніяхъ 1845 г. наказывало составленіе заговора и составленіе сообщества, преимущественно, при преступленіяхъ государственныхъ и противъ порядка управленія, а по отношенію къ шайкамъ допускало отвѣтственность за составленіе таковыхъ: для разбоя, зажигательства, дѣланія или привоза фальшивыхъ денегъ, ассигнацій, кредитныхъ или иныхъ государственныхъ бумагъ, кражи, мошенничества, дѣланія фальшивыхъ документовъ, контрабанды, тайнаго запрещеннаго провоза питей, запрещенной игры и подкупа должностныхъ лицъ.

Дѣйствующее уложеніе въ общей части (ст. 52) содержитъ только указаніе, что участіе въ сообществѣ или въ шайкѣ наказуемо въ случаяхъ, особо закономъ указанныхъ, а затѣмъ, въ части особенной, независимо отъ отвѣтственности за участіе въ сообществѣ запрещенномъ или имѣющемъ въ виду противогосударственную или противообщественную дѣятельность (ст. 125, 126), законъ наказываетъ и образованіе сообществъ, имѣющихъ въ виду учиненіе нѣкоторыхъ отдѣльныхъ преступныхъ дѣяній, какъ, напр., бунта и измѣны (ст. 105 и 118); поддѣлки, передѣлки или сбыта монеты, кредитныхъ билетовъ или бумагъ (ст. 428 п. 2); убійства (ст. 453); общеопаснаго поврежденія имущества (ст. 554).

Что касается шаекъ, то по ст. 276 улож. составленіе ихъ или участіе въ нихъ, если, конечно, виновный не подлежитъ за преступное дѣяніе, шайкою учиненное, болѣе строгому наказанію, считается преступнымъ, если они образовались для поддѣлки монеты, кредитныхъ билетовъ или бумагъ, общеопасныхъ поврежденій имущества, воровства, разбоевъ, вымогательства или мошенничества, сбыта добытаго преступнымъ дѣяніемъ имущества и контрабанды.

При этомъ сообщество или шайка считаются образовавшимися, какъ скоро дѣйствительно состоялось соглашеніе на одно или нѣсколько преступныхъ дѣяній. Однихъ разсужденій о необходимости составить сообщество или споровъ объ условіяхъ возможности его возникновенія и дѣятельности недостаточно для признанія соглашенія состоявшимся, подобно тому, какъ и для приготовленія требуется не одно пріискиваніе, но пріисканіе средствъ.

Членами сообщества или шайки могутъ быть не только участвовавшіе при самомъ ихъ зарожденіи, сформированіи, но и всѣ сознательно и добровольно вступившіе въ сообщество или въ шайку, уже сформировавшіяся, сознательно примкнувшіе къ нимъ. Поэтому одно нахожденіе въ шайкѣ не дѣлаетъ находившагося ея участникомъ. Такъ, не говоря уже о лицахъ недѣеспособныхъ, находящихся въ шайкѣ, напр., о дѣтяхъ, изъ ея членовъ должны быть исключены всѣ лица, сопровождавшія шайку въ силу принужденія, хотя бы даже они исполняли при ней какія-либо обязанности. Точно также, далѣе, должны быть исключены изъ сообщниковъ всѣ лица, хотя и слѣдующія, напр., за шайкою добровольно, но не въ качествѣ ея членовъ, а въ силу близкихъ личныхъ отношеній къ ея членамъ, какъ, напр., жены, любовницы: онѣ могутъ быть признаны недоносительницами, но не членами шайки.

Отвѣтственность за участіе въ сговорѣ или шайкѣ возможна только тогда, когда предположенное не совершилось; въ противномъ же случаѣ, отвѣтственность за учиненное дѣяніе поглощаетъ отвѣтственность за самый сговоръ.

Далѣе, въ тѣхъ случаяхъ, когда замышленное дѣяніе хотя и было выполнено, но нѣкоторые изъ соучастниковъ не принимали никакого участія въ его выполненіи ни въ качествѣ исполнителей, ни въ качествѣ пособниковъ или подстрекателей, но вмѣстѣ съ тѣмъ и не отказались отъ дальнѣйшаго соучастія, то они, по 1 п. ст. 52, должны отвѣчать только за участіе въ соглашеніи.

186. Обратимся къ отвѣтственности лицъ, принявшихъ участіе въ самомъ совершеніи замышленнаго дѣянія.

Установленіе того положенія, что каждый изъ соучастниковъ отвѣчаетъ за все учиненное полностью, не предрѣшаетъ еще вопроса о сравнительной мѣрѣ наказуемости различныхъ типовъ участниковъ, такъ какъ даже признаніе равной необходимости извѣстныхъ силъ не однородно съ признаніемъ ихъ равнозначительности. Въ законодательствахъ по этому вопросу мы встрѣчаемся съ двумя системами; представителемъ одной изъ нихъ является французское законодательство, повторяющее начало, принятое еще въ римскомъ и каноническомъ правахъ и въ древнѣйшемъ правѣ европейскихъ народовъ [1]).

---

1) Ср. мой курсъ, № 432. Доказательства равной наказуемости соучастниковъ по римскому и каноническому правамъ у Гейба, Lehrbuch, II, § 105; F. Hélie, Théorie, I, № 179; München, Das canonische Strafrecht, II Tit. VII; Schütze, Theilnahme, стр. 95 и сл.; противоположнаго мнѣнія Langenbeck, старающійся, какъ замѣчаетъ Гейбъ, только доказать, что римское право держалось воззрѣній, сходныхъ съ германскими, а не съ французскимъ правомъ. Впрочемъ, хотя большинство нѣмецкихъ криминалистовъ, по примѣру Вильде и его школы—Osenbrüggen, John, признаетъ, что уже и въ древне-

По этому принципу соучастники наказываются, какъ и самые виновники, причемъ это положеніе нѣсколько смягчается, во-1-хъ, правомъ суда или присяжныхъ признавать каждаго подсудимаго заслуживающимъ снисхожденія и уменьшеніемъ на этомъ основаніи отвѣтственности, и, во-2-хъ, спеціальными постановленіями о нѣкоторыхъ отдѣльныхъ преступленіяхъ, напр., о соучастіи при служебномъ подлогѣ, возстаніи и т. п., хотя нельзя не прибавить, что система французскаго кодекса вызывала неодобреніе нѣкоторыхъ французскихъ криминалистовъ [1]) и въ полномъ объемѣ не была принята даже кодексами, всего ближе державшимися французскаго образца, напр., бельгійскимъ уложеніемъ 1867 года.

Представителемъ другаго типа является кодексъ германскій (§ 49), на основаніи коего подстрекатели и исполнители наказываются наравнѣ; но для пособниковъ наказаніе всегда уменьшается и притомъ по тѣмъ же правиламъ, какія установлены для покушенія [2]). Такую же систему уменьшенной отвѣтственности пособниковъ принимаютъ кодексы итальянскій, венгерскій и голландскій [3]).

По нашему уложенію о наказ. 1845 г. [4]), вопросъ объ отвѣтственности соучастниковъ былъ поставленъ въ зависимость отъ самыхъ видовъ соучастія.

Такъ, при скопѣ участники подвергались отвѣтственности одною или двумя степенями ниже противъ главныхъ виновныхъ; при сговорѣ на первомъ мѣстѣ стояли зачинщики и подстрекатели, которые подлежали высшей мѣрѣ наказанія за преступное дѣяніе положеннаго; затѣмъ шли сообщники, дѣйствительно принимавшіе участіе въ исполненіи преступнаго дѣянія, а равно и пособники, признанные необходимыми; они подлежали обыкновенному наказанію, за преступленіе положенному; наконецъ, шли сообщники, не участвовавшіе въ исполненіи, хотя и не отказавшіеся отъ задуманнаго, а равно и пособники, не признанные необходимыми—они наказывались одною степенью ниже противъ исполнителей.

нѣмецкомъ правѣ существовала твердая система различенія оттѣнкомъ виновности, однако, въ этомъ отношеніи большія сомнѣнія возбуждаютъ нѣмецкія юридическія поговорки, несомнѣнно указывающія на принципъ равной отвѣтственности—«mitgegangen—mitgehangen», «mitgestohlen—mitgehenkt», а равно и прямыя постановленія позднѣйшихъ источниковъ, напр., Rechtsbücher. Ср. цитаты у Geib, стр. 332—338; Geyer въ Holtzendorfs Handbuch, § 5 пр. 6.

1) Ср. въ особенности Rossi, Traité, ch. XXXV; F. Hélie, I, № 282; Haus; Garraud, II, № 272; въ защиту этой системы—Blanche, Etudes, № 8, Trébutien, Normand № 686; Laborde № 610. Для бельгійскаго кодекса ср. Thiry, Cours №№ 257, 258.

2) По толкованію Reichsgericht'a, въ рѣшеніяхъ 12 Мая 1880 г. и 7 Янв. 1881 г. (Entsch. II, № 61; III № 70), главное значеніе при установленіи этого различія должны имѣть не объемъ дѣятельности участниковъ, а субъективная сторона участія, направленіе ихъ воли.

3) Итальянское уложеніе, впрочемъ, допускаетъ смягченіе наказанія для пособниковъ только при томъ условіи, если не будетъ доказано, что безъ ихъ содѣйствія преступленіе не могло быть совершено; существенные же пособники приравниваются къ соучастникамъ.

4) Сводъ законовъ (ст. 129—130 по изд. 1842 г.) постановлялъ: «во всѣхъ преступленіяхъ, если въ законѣ не постановлено особаго изъятія, зачинщикъ или главный виновникъ и такъ называемые въ законѣ пущіе подлежатъ наказанію тягчайшему, нежели соучастники, слѣдовавшіе ихъ примѣру или приказанію»,—но изъ этого правила дѣлались изъятія при нѣкоторыхъ отдѣльныхъ преступныхъ дѣяніяхъ.

Но въ особенной части уложенія 1845 г. существовалъ рядъ постановленій, въ которыхъ оно отступало отъ изложенной системы, и притомъ или назначая всѣмъ соучастникамъ одинаковое наказаніе, какъ, напр., при государственныхъ преступленіяхъ, или, наоборотъ, допуская еще большее различіе по наказуемости между главными и второстепенными участниками [1]).

Дѣйствующее уголовное уложеніе принимаетъ какъ общее положеніе, что соучастники подлежатъ наказанію за учиненное ими преступное дѣяніе, въ законѣ положенному, но для пособника, коего помощь была несущественная, наказаніе опредѣляется въ порядкѣ, статьею 53 установленномъ [2]), при чемъ признаніе несущественности участія принадлежитъ суду, рѣшающему дѣло по существу.

Хотя французскую систему и порицаютъ за ея жестокость по отношенію ко второстепеннымъ участникамъ, но на практикѣ эта суровость значительно смягчается широкимъ правомъ суда признавать виновнаго заслуживающимъ снисхожденія, такъ что весьма нерѣдко смягченіе для маловажныхъ участниковъ является тамъ въ несравненно большемъ объемѣ, чѣмъ по нѣмецкому законодательству или даже по уложенію 1845 г.; система же нѣмецкаго кодекса страдаетъ болѣе важнымъ недостаткомъ, полнымъ формализмомъ распредѣленія участниковъ по категоріямъ. Наука, какъ мы видѣли, до сихъ поръ не пріискала какихъ-нибудь твердыхъ основаній для разграниченія главныхъ и второстепенныхъ участниковъ ни со стороны характеристики ихъ воли, ни со стороны дѣятельности. Поэтому различіе лицъ, принявшихъ участіе въ выполненіи и участіе въ помощи исполнителямъ, вовсе не соотвѣтствуетъ дѣйствительному различію степени преступности и опасности ихъ дѣйствій: очень часто дѣятельность лица, принимавшаго какое-либо участіе въ выполненіи, представляется несравненно маловажнѣе дѣятельности другого соучастника, только доставлявшаго необходимыя для преступнаго дѣянія средства; нельзя же, напр., признавать человѣка, вертѣвшаго ручку станка при отпечатаніи фальшивыхъ кредитныхъ билетовъ, во всякомъ случаѣ преступнѣе другаго соучастника, вырѣзывавшаго на камнѣ рисунокъ кредитнаго билета.

Далѣе, останавливаясь спеціально на отвѣтственности подстрекателя, нельзя не сказать, что хотя подстрекатель является какъ бы душою преступнаго дѣянія, такъ какъ только благодаря ему было задумано, созрѣло и развилось нарушеніе закона: врагъ общества и закона, онъ создаетъ еще и другихъ прозелитовъ, а потому и является болѣе опаснымъ преступникомъ,—но, по внимательномъ разсмотрѣніи, и эти соображенія являются излишне обобщенными. Можно иногда сдѣлаться подстрекателемъ къ дѣянію, задуманному

---

1) Ср. обзоръ въ моемъ курсѣ, III, № 439.

2) Эта система, какъ указано въ объяснительной запискѣ къ проекту, встрѣтила сочувственные отзывы и нѣкоторыхъ иностранныхъ ученыхъ. Такъ, проф. Листъ замѣчаетъ: особеннаго одобренія заслуживаетъ опредѣленіе размѣра наказуемости для соучастниковъ: уравненіе по наказуемости такъ называемыхъ главныхъ пособниковъ съ совершителями и подстрекателями вполнѣ соотвѣтствуетъ субъективной и объективной долѣ участія ихъ въ преступленіи. Формализмъ германскаго уголовнаго уложенія счастливо избѣгнутъ; пусть съ этимъ формализмомъ исчезнутъ, или по крайней мѣрѣ уменьшатся, и практическія затрудненія, возникающія при обсужденіи соучастія.

другимъ, а съ другой стороны, иногда подговоренный такъ усваиваетъ предложеніе подстрекателя, такъ энергически принимается за его осуществленіе, что ученики, по энергіи ихъ дѣятельности, совершенно затемняютъ дѣятельность учителя. Соблазнъ другихъ, конечно, имѣетъ значеніе, но не исключительное; нерѣдко опасность средствъ, выбранныхъ исполнителемъ, его энергія и хитрость совершенно затемняютъ вовлеченіе. Мало того, есть даже одно обстоятельство, на основаніи котораго нѣкоторые криминалисты, напр., Миттермайеръ (Arten, стр. 146—150), считаютъ болѣе наказуемыми исполнителей: обдумываніе преступленія, подговоръ, отступаютъ по степени энергіи предъ дѣйствительнымъ преступленіемъ, особенно въ тяжкихъ случаяхъ, напр., при убійствѣ. Видъ жертвы, ея страданій, непосредственная обстановка дѣянія могутъ произвести такое впечатлѣніе, что человѣкъ, хладнокровно обдумавшій страшное злодѣйство и подговорившій къ нему другаго, можетъ быть, остановился бы при первой пролитой имъ каплѣ крови [1]).

Поэтому мнѣ представляется единственно правильнымъ принципъ равной наказуемости интеллектуальныхъ и физическихъ виновниковъ, причемъ выборъ мѣръ отвѣтственности долженъ зависѣть отъ обстоятельствъ дѣла [2]).

187. Отвѣтственность всѣхъ соучастниковъ опредѣляется по тому преступному дѣянію, въ которое они вложились и которое было дѣйствительно выполнено; дѣятельность исполнителя, со всѣми условіями и обстоятельствами, къ ней относящимися, опредѣляетъ отвѣтственность всѣхъ участниковъ; если же къ этой дѣятельности привходятъ какіе-либо новые элементы, видоизмѣняющіе отвѣтственность и не входившіе въ соглашеніе, то вопросъ о вліяніи этихъ условій на наказуемость прочихъ участниковъ опредѣляется по вышеуказаннымъ началамъ относительно эксцессовъ исполнителей [3]).

Такимъ образомъ, судъ долженъ опредѣлить прежде всего, какого наказанія заслуживаетъ дѣяніе, учиненное исполнителями, затѣмъ обсудить вопросъ о томъ, нѣтъ ли въ ихъ дѣятельности такихъ условій, которыя, по отношенію къ другимъ соучастникамъ, имѣютъ характеръ эксцессовъ, не подлежащихъ вмѣненію, затѣмъ, опираясь на выбранную мѣру отвѣтственности за данное дѣяніе, опредѣлить размѣръ наказанія для каждаго изъ участниковъ, смотря по мѣрѣ его вины [4]).

---

1) Ср. Bertauld, стр. 207; Laborde, № 608.

2) Этотъ взглядъ защищалъ еще Штюбель, Theilnahme, §§ 58—60; изъ новыхъ нѣмецкихъ криминалистовъ—Гельшнеръ, Кестлинъ, Бернеръ; изъ нашихъ—Жиряевъ, Спасовичъ, Будзинскій, Баршевъ.

3) Такъ, угол. касс. деп. призналъ [рѣшенія по дѣламъ: Алексѣевой (67/307), Кириллова (63/424), Муленковой (74/218)], что обстоятельства, особо увеличивающія отвѣтственность за кражу, распространяются и на пособниковъ, какъ скоро они знали объ этомъ; поэтому въ вопросахъ присяжнымъ указаніе на нихъ должно быть сдѣлано по отношенію къ каждому подсудимому (74/119, Пегушевой).

4) Угол. касс. депар. по дѣлу Маурина (68/145) высказалъ, что, опредѣляя отвѣтственность участникамъ разныхъ родовъ, сообразно съ характеромъ и размѣромъ ихъ участія, уложеніе принимаетъ такую систему, по которой исходнымъ пунктомъ отвѣтственности всѣхъ соучастниковъ служитъ наказуемость совершителей, а въ рѣшеніи по дѣлу Феоктистова (67/247) онъ добавилъ, что наказаніе соучастниковъ должно быть соображено не съ тѣмъ наказаніемъ, которое понесли въ данномъ слу-

Въ особенности этотъ порядокъ имѣетъ значеніе въ тѣхъ случаяхъ, когда въ законѣ за извѣстное дѣяніе назначено параллельно нѣсколько родовъ наказаній. Если за данное дѣяніе въ законѣ назначена или каторга, или исправительный домъ, то судъ не можетъ при назначеніи наказанія дѣлать выборъ для каждаго соучастника между этими наказаніями по своему усмотрѣнію и назначить, напр., для пособника каторгу, а для подстрекателя исправительный домъ, а онъ долженъ сначала рѣшить, какого наказанія заслуживало бы это дѣяніе, если бы оно было совершено однимъ лицомъ, а затѣмъ, признавъ таковымъ наказаніемъ, положимъ, исправительный домъ, опираясь на это наказаніе, какъ на базисъ, выбрать мѣру наказанія для всѣхъ соучастниковъ [1]).

Вопросъ нѣсколько осложняется, когда отвѣтственность, назначенная въ законѣ за извѣстное дѣяніе, увеличивается или уменьшается не по обстоятельствамъ, относящимся къ самому дѣянію, которыя вмѣняются, сообразно съ общими началами отвѣтственности соучастниковъ за все учиненное, и съ примѣненіемъ правилъ о вмѣненіи эксцесса исполнителей прочимъ участникамъ, а въ зависимости отъ личныхъ условій, относящихся къ отдѣльнымъ соучастникамъ [2]).

Эти личныя обстоятельства, въ свою очередь, могутъ быть двухъ родовъ: или они находятся исключительно въ свойствахъ личности виновнаго, или они заключаются въ особенныхъ отношеніяхъ виновнаго къ жертвѣ, или, говоря вообще, къ объекту преступнаго посягательства.

Условія первой категоріи не представятъ особыхъ затрудненій при рѣшеніи даннаго вопроса, такъ какъ они, очевидно, не могутъ имѣть вліянія на отвѣтственность другихъ соучастниковъ. Если одинъ изъ соучастниковъ малолѣтній, то ему должно быть дано указанное въ законѣ снисхожденіе; но это уменьшеніе не распространяется на соучастниковъ взрослыхъ; точно также лицо, подговорившее рецидивиста, не можетъ подлежать тому усиленному наказанію, которому подлежитъ исполнитель.

При этомъ, такое значеніе могутъ имѣть не только общія условія, указанныя закономъ, какъ возрастъ, полъ и т. д., но и индивидуальныя обстоятельства, встрѣтившіяся въ данномъ случаѣ и признанныя судьями; такъ, напр., признаніе подсудимаго заслуживающимъ снисхожденія не можетъ имѣть значенія для другихъ участниковъ.

Болѣе затрудненій представляютъ тѣ случаи, когда измѣненіе отвѣт-

---

чаѣ исполнители, въ виду обстоятельствъ, уменьшающихъ или увеличивающихъ отвѣтственность, а съ тѣмъ, которое имъ назначено по закону. То же высказано въ рѣшеніяхъ по дѣламъ: Огнева (68/199) Феоктистова (69/463).

1) Р. у. к. д. 70/295, Лаврова; 77/50, Ковалева; 91/12, Мокѣевой; 92/58, Андреева.

2) См. подробный обзоръ различныхъ теоретическихъ попытокъ у Колоколова, стр. 140; P. Krug, Die besonderen Umstände der Theilnehmer, предлагаетъ различать три категоріи обстоятельствъ: относящіяся къ волѣ виновнаго, не распространяющіяся на другихъ соучастниковъ; обстоятельства, относящіяся къ послѣдствіямъ дѣянія, которыя распространяются всегда на всѣхъ соучастниковъ, и обстоятельства, относящіяся къ содѣянію, которыя распространяются или не распространяются, смотря по тому, являются ли они до или послѣ момента дѣйствія (стр. 38); различіе же объективныхъ и личныхъ обстоятельствъ Кругъ признаетъ не существеннымъ.

ственности обусловливается особыми отношеніями виновнаго къ объекту посягательства. Я полагаю, что и эти обстоятельства должны разсматриваться, какъ имѣющія чисто личный характеръ, а потому и не должны имѣть значенія для другихъ соучастниковъ [1]).

Если мать посягаетъ на жизнь своего незаконноприжитаго младенца при самомъ его рожденіи, то законъ относится снисходительнѣе къ ней на томъ основаніи, что, съ одной стороны, мотивы, ею руководившіе — стыдъ, страхъ суда общественнаго мнѣнія, боязнь за будущность младенца, а съ другой—ненормальное психическое состояніе, вызванное родильными муками, заставляютъ снисходительно отнестись къ виновной, была ли она главною виновницею или пособницею, подстрекательницею или исполнительницею; но можетъ ли законъ уменьшить наказуемость ея-соучастникамъ, примѣняя и къ нимъ ту же презумпцію психической ненормальности?

Если кто-либо совершаетъ растрату по легкомыслію и добровольно обязуется вознаградить потерпѣвшаго убытокъ, то онъ подлежитъ значительно уменьшенному наказанію, но можетъ ли это снисхожденіе распространяться на подстрекателя, который дѣйствовалъ вполнѣ обдуманно и которому и въ голову не приходило возвратить растраченное?

И наоборотъ. Если законъ усиливаетъ отвѣтственность племянника, убившаго дядю, послѣ котораго онъ былъ единственнымъ наслѣдникомъ, совершившаго преступленіе именно ради полученія наслѣдства, и усиливаетъ потому, что видитъ въ этомъ особую испорченность воли, то не можетъ же онъ предполагать такой особой испорченности у соучастника, дѣйствовавшаго не ради достиженія какихъ-либо корыстныхъ цѣлей, а, напр., въ отмщеніе убитому за только что нанесенную убитымъ обиду ему или его женѣ, дочери. Не можемъ же мы признавать его участникомъ въ убійствѣ родственника, къ которому съ его стороны были нарушены особыя отношенія. Если сынъ убиваетъ отца, забывая узы крови, ихъ связывающія, то мы имѣемъ достаточныя основанія для усиленія уголовной отвѣтственности въ виду этихъ отношеній, но нельзя отыскать этихъ основаній для исполнителя, дѣйствовавшаго исключительно ради полученія обѣщанной награды. При этомъ не представляется никакихъ основаній противополагать въ этомъ отношеніи исполнителей—подстрекателямъ и пособникамъ. Если исполнитель былъ родственникомъ жертвы, а прочіе соучастники были посторонними, то они отвѣчаютъ за простое преступное дѣяніе; точно также, если сынъ подстрекнулъ посторонняго человѣка убить отца подстрекателя, то подстрекатель долженъ отвѣчать за отцеубійство, а исполнитель—за убійство простое; такое же толкованіе должно быть примѣнено и къ пособникамъ.

То положеніе, что пособники являются какъ бы дополнительными, ак-

---

1) Ср. Brauer, Die Anstiftung zu Dienstverbrechen, G. 1856, стр. 33; К. Арсеньевъ, О вліяніи родственныхъ и тому подобныхъ отношеній на мѣру вины и наказанія преступниковъ, ж. м. ю. 1861 № 4; въ № 8 статья о томъ же И. Ш. Ср. также мое изслѣдованіе о преступленіяхъ противъ жизни 1870, № 155. Воззрѣніе, высказанное въ текстѣ, защищаетъ большинство нѣмецкихъ криминалистовъ Грольманъ, Фейербахъ, Вехтеръ, Гефтеръ, Миттермайеръ, Кестлинъ; изъ французскихъ — Росси, Элн, Берто; изъ нашихъ—Арсеньевъ, Кистяковскій, Сергѣевскій.

цессорными участниками преступныхъ дѣяній, не имѣетъ никакого значенія для рѣшенія этого вопроса, такъ какъ оно выражается лишь въ томъ, что преступность учиненнаго исполнителемъ опредѣляетъ преступность пособниковъ, но оно не можетъ быть распространяемо на вліяніе тѣхъ особыхъ личныхъ условій, которыя привносятъ съ собою соучастники [1]).

Въ предшествующихъ примѣрахъ я бралъ такія условія, благодаря коимъ измѣняется наказуемость дѣянія; но, конечно, рѣшеніе вопроса остается безъ измѣненія и въ томъ случаѣ, когда, въ силу этихъ условій, дѣяніе переходитъ въ другую группу, какъ, напр., оскорбленіе переходитъ въ посягательство на порядокъ управленія, или когда этими условіями опредѣляется самая преступность учиненнаго.

Такимъ образомъ, если дѣяніе можетъ быть юридически учинено только лицами, занимающими какой-либо служебный постъ въ государствѣ или исполняющими какія-либо опредѣленныя обязанности, то лица, содѣйствовавшія такому дѣянію, но сами не находящіяся въ тѣхъ условіяхъ, въ коихъ находился выполнитель, не могутъ и отвѣчать за такое дѣяніе, если учиненное ими не составляетъ самостоятельнаго преступнаго дѣянія.

Точно такъ же лицо, помогавшее сожительству неженатаго съ незамужнею, не подлежитъ наказанію; но если подобнымъ лицомъ оказался бы отецъ, продавшій свою дочь, то онъ отвѣчаетъ за квалифицированное сводничество [2]).

Но при этомъ, конечно, имѣется въ виду юридическая, а не физическая невозможность учиненія преступленія. Поэтому безрукій можетъ быть подстрекателемъ къ подлогу, быть пособникомъ нанесенія побоевъ, женщина— подстрекательницею или пособницею къ изнасилованію; въ этихъ случаяхъ они и обвиняются въ нарушеніи чрезъ другаго обязательнаго и для нихъ требованія нормы.

Изъ западно-европейскихъ законодательствъ французское вовсе умалчиваетъ объ этомъ вопросѣ, а практика французскаго кассаціоннаго суда усвоила взглядъ, совершенно противоположный вышеизложенному. Онъ резюмируется такъ: отвѣтственность участниковъ или пособниковъ (complices) вполнѣ обусловливается обстоятельствами, входящими въ главное дѣяніе, и, слѣдовательно, тѣми особыми отношеніями, въ которыхъ находятся исполнители къ совершенію дѣянія; это положеніе распространяется и на совиновни-

---

1) Противное мнѣніе защищаетъ изъ нашихъ криминалистовъ В. Спасовичъ, стр. 169. Разборъ его доводовъ въ моемъ курсѣ, III, № 483. Въ практическомъ примѣненіи эта теорія приводитъ къ тому, что если, напр., сынъ забрался въ кабинетъ отца вмѣстѣ съ лакеемъ послѣдняго для совершенія кражи, и притомъ во время кражи сынъ держалъ табуретку, когда лакей доставалъ со стѣны цѣнныя вещи, то оба они отвѣчаютъ за квалифицированную домашнюю кражу, и, наоборотъ, если табуретку держалъ лакей, а доставалъ вещи сынъ, то оба виновны въ привилегированной домашней кражѣ. Нельзя, впрочемъ, не замѣтить, что воззрѣніе, защищаемое Спасовичемъ, имѣетъ много сторонниковъ между французскими криминалистами и даже между нѣмецкими — Berner, Geib, Geyer, Langenbeck, въ послѣднее время Binding.

2) То же нужно сказать объ обстоятельствахъ, измѣняющихъ порядокъ возбужденія дѣла, какъ, напр., по нашему уложенію при семейной кражѣ: поэтому преслѣдованіе участниковъ семейной кражи не зависитъ отъ жалобъ пострадавшаго. Единственное изъятіе изъ защищаемаго мною начала представляютъ обстоятельства, измѣняющія подсудность, но и то на основаніи прямаго текста закона, по которому всѣ соучастники судятся въ томъ судѣ, которому подсудно наиболѣе тяжкое преступленіе.

ковъ (coauteurs), такъ какъ въ этомъ случаѣ каждый виновникъ есть пособникъ другого; наоборотъ, особыя обстоятельства, относящіяся къ пособникамъ, никакого вліянія на отвѣтственность не имѣютъ, такъ что сынъ, подговорившій убить своего отца, отвѣчаетъ какъ подстрекатель къ простому убійству [1]). Но такое толкованіе не усвоено даже бельгійскою практикою.

Германскій кодексъ содержитъ прямое постановленіе (§ 50), въ силу коего обстоятельства, увеличивающія или уменьшающія отвѣтственность по личнымъ качествамъ или отношеніямъ, имѣютъ вліяніе на наказуемость только того соучастника, къ коему они относятся, но онъ вовсе умалчиваетъ объ обстоятельствахъ, обусловливающихъ самую преступность [2]). Напротивъ того, кодексы венгерскій и голландскій примѣняютъ ту же систему и къ обстоятельствамъ послѣдняго рода.

У насъ ни въ сводѣ законовъ, ни въ уложеніи о наказ. 1845 г. не содержалось никакихъ указаній по этому предмету; но практика наша держалась принципа нераспространяемости этихъ условій [3]).

Въ особенности подробно былъ разсмотрѣнъ этотъ вопросъ въ Высочайше утвержденномъ мнѣніи Государственнаго Совѣта по дѣлу Янковскаго и Косарева отъ 4 Ноября 1873 г.; а потомъ тѣ же соображенія были буквально повторены угол. касс. депар. Сената въ рѣшеніи 1882 г., № 40, по дѣлу Саркисова [4]). Въ этихъ рѣшеніяхъ было высказано: «преступленія по должности или по службѣ, какъ то показываетъ и самое названіе ихъ, принадлежатъ къ разряду преступленій особенныхъ въ томъ смыслѣ, что они могутъ быть с вершаемы только служащими или должностными лицами, въ противоположность преступленіямъ общимъ, виновникомъ въ учиненіи коихъ можетъ быть каждый гражданинъ государства. Посему по общему правилу участіе частнаго лица въ преступленіи по службѣ не можетъ имѣть мѣста. Но это правило не есть правило безусловное, а допускаетъ исключенія, вызываемыя самымъ предметомъ служебныхъ преступленій или родомъ тѣхъ правъ и обязанностей, которыя они нарушаютъ. Внимательное разсмотрѣніе этого раздѣла уложенія показываетъ, что преступленія и проступки по службѣ распадаются на двѣ главныхъ группы: 1) на преступленія и проступки, заключающіеся въ нарушеніи исключительно однѣхъ лишь служебныхъ обязанностей, тою или другою должностью на лицъ возложенныхъ и 2) на преступленія и проступки, учиненіе коихъ заключаетъ въ себѣ, сверхъ нарушенія обязанностей службы, еще и обыкновенное общее преступленіе, преслѣдуемое само по себѣ, независимо отъ того, будетъ ли оно совершено

---

1) Ср. практику у Blanche, II; №№ 11—42; возраженія у F. Hélie, № 209; Bertauld, Leçons стр. 511, пр. 2; Garraud, II № 280. Ср. болѣе подробное изложеніе въ моемъ курсѣ, III, № 485.

2) Reichsgericht въ рѣшеніи отъ 22 Іюля 1882 г. разъяснилъ это умолчаніе въ томъ смыслѣ, что если особое положеніе виновнаго обусловливаетъ самую преступность, то правило § 50 не имѣетъ къ нему отношенія, и такимъ образомъ соучастникомъ служебнаго подлога можетъ быть и лицо не служащее.

3) Болѣе подробное изложеніе практики въ моемъ курсѣ, III, № 487 и 488; старая наша практика держалась принципа нераспространенія вліянія этихъ обстоятельствъ на другихъ соучастниковъ. Ср. также мое изданіе уложенія о наказ., тезисы подъ ст. 11.

4) Ср. также р. у. к. д. 84/13, Мельницкихъ; 85/28, Таганрогской таможни.

должностнымъ лицомъ или же частнымъ человѣкомъ. Въ силу высказаннаго выше общаго правила, участіе частнаго лица въ преступленіяхъ первой группы немыслимо, какъ потому, что самая преступность и наказуемость преступленій этого рода обусловливается и вызывается единственно только нарушеніемъ принятыхъ на себя служебныхъ обязанностей—условіе, котораго недостаетъ въ частномъ лицѣ; таковы, напр., вообще говоря, преступленія и проступки бездѣйствія власти, нарушеніе установленныхъ при вступленіи въ должность и оставленіи оной правилъ, нарушеніе порядка при опредѣленіи на службу и увольненіи отъ оной и т. п.,—такъ равно и потому, что въ случаѣ признанія частнаго лица виновнымъ въ участіи въ подобномъ нарушеніи, не было бы возможности примѣнить къ нему положеннаго за то наказанія, ибо всѣ преступленія этого рода влекутъ за собою чисто служебныя взысканія, какъ то: исключеніе изъ службы, удаленіе отъ должности, перемѣщеніе съ высшей должности на низшую и т. п., которыя, сами по себѣ взятыя, къ частному лицу неприложимы, а замѣняемы какими-либо другими общими наказаніями и взысканіями быть не могутъ. Напротивъ того, въ преступленіяхъ второй группы преступное участіе частнаго лица отрицаемо быть не можетъ, ибо всѣ преступленія этого рода заключаются, въ сущности, въ учиненіи общаго преступленія, съ тою лишь разницею, что оно совершается не частнымъ, а должностнымъ лицомъ, и гдѣ, посему, обстоятельства службы или должности являются не признакомъ, обусловливающимъ самую преступность дѣянія, а лишь простымъ обстоятельствомъ, увеличивающимъ вину и мѣру наказанія, въ силу присоединенія къ общему преступленію еще и нарушенія служебныхъ обязанностей..... Обращаясь же къ опредѣленію отвѣтственности частныхъ лицъ въ случаяхъ послѣдняго рода, необходимо принять во вниманіе нижеслѣдующія соображенія. Усиленіе закономъ наказанія въ томъ случаѣ, когда общее преступленіе совершается должностнымъ лицомъ какъ преступленіе по должности, объясняется исключительно тѣмъ соображеніемъ, что должностное лицо, совершая означенное преступленіе, нарушаетъ, сверхъ общихъ узаконеній, обязательныхъ для всѣхъ гражданъ государства, еще и узаконенія особенныя, или обязанности, налагаемыя на него службою или должностью, что оно преступаетъ, кромѣ общаго порядка, еще и порядокъ служебный. Очевидно, что обстоятельство дѣйствія по службѣ разсматривается тутъ какъ простое обстоятельство, увеличивающее вину. А какъ принятіемъ участія въ преступленіи служебномъ частное лицо никакихъ со своей стороны обязанностей службы не нарушаетъ, и по коренному правилу уголовнаго права каждый подсудимый можетъ быть судимъ лишь по тому закону, который онъ самъ нарушилъ, обстоятельства же, увеличивающія или уменьшающія вину одного изъ виновныхъ, въ силу его особыхъ личныхъ отношеній къ предмету преступленія, не могутъ быть переносимы судомъ на его участниковъ,—то и надлежитъ признать, что участіе частнаго лица въ преступленіи по должности должно быть разсматриваемо, какъ участіе въ томъ общемъ преступленіи, которому соотвѣтствуетъ данное преступленіе по должности». Хотя нынѣ часть этихъ соображеній, въ виду исключенія изъ уголовнаго уложенія маловажныхъ служебныхъ нарушеній и взысканій чисто дисциплинарнаго характера, и утратила свое значеніе, но общія начала, поло-

женныя въ основу этого рѣшенія, сохранили свою силу и для современной практики.

Вполнѣ опредѣлительно разрѣшенъ этотъ вопросъ въ дѣйствующемъ уголовномъ уложеніи, которое въ ст. 51 гласитъ: «особыя личныя отношенія и условія, опредѣляющія, усиливающія или уменьшающія наказуемость кого-либо изъ соучастниковъ, не вліяютъ на отвѣтственность другихъ».

Поэтому, какъ указано въ объяснительной запискѣ, при характеристикѣ субъекта отдѣльныхъ преступныхъ дѣяній, употреблено слово «виновный» тамъ, гдѣ субъектомъ можетъ быть всякое лицо, и замѣнено это слово какимъ-либо спеціальнымъ названіемъ—«мать», «россійскій подданный» и т. д., какъ скоро преступность и наказуемость преступнаго дѣянія предполагаетъ наличность въ виновномъ какихъ-либо особыхъ условій.

Вмѣстѣ съ тѣмъ уложеніе во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ признано полезнымъ наказывать и соучастниковъ спеціальныхъ преступленій, ввело о семъ особыя правила.

Такимъ образомъ, напр., въ уложеніи содержатся особыя постановленія (ст. 148) о склоненіи посредствомъ подкупа служащаго не служащимъ къ учиненію преступнаго дѣянія, какъ скоро это дѣяніе таково, что подкупившій не можетъ подлежать за него болѣе тяжкому наказанію какъ соучастникъ; о содѣйствіи побѣгу арестантовъ или доставленіи средствъ для учиненія онаго (ст. 172 и 173); о соучастіи въ нарушеніяхъ устава о воинской повинности и въ воинскихъ проступкахъ (ст. 189, 190, 191); о подговорѣ и пособничествѣ самоубійству; о подстрекательствѣ къ поединку; о соучастіи въ банкротствѣ и т. д.

188. Чтобы окончить разборъ отвѣтственности соучастниковъ, мнѣ остается разсмотрѣть еще значеніе отказа одного изъ соучастниковъ, и притомъ не только по отношенію къ самому отказавшемуся, но и по отношенію къ наказуемости другихъ соучастниковъ.

Вопросъ этотъ, конечно, аналогиченъ съ отказомъ отъ задуманнаго дѣянія со стороны единичнаго преступника, но, благодаря множеству участниковъ, значительно осложняется, а потому нѣкоторые кодексы, въ томъ числѣ и дѣйствующее уложеніе, содержатъ по сему предмету особыя правила, а именно, что соучастникъ, отказавшійся отъ участія въ сообществѣ и принявшій своевременно всѣ зависѣвшія отъ него мѣры для предотвращенія преступнаго дѣянія, освобождается отъ наказанія, причемъ, какъ указано въ объяснительной запискѣ, къ числу этихъ мѣръ можетъ быть относимо и донесеніе; съ другой стороны, для безнаказанности достаточно, чтобы такіе соучастники приняли всѣ зависящія мѣры предупрежденія, а не требуется, чтобы они дѣйствительно предупредили наступленіе задуманнаго.

Самая простѣйшая комбинація въ этихъ случаяхъ будетъ, конечно, та, когда отъ дальнѣйшей дѣятельности отказываются всѣ соучастники, какъ физическіе, такъ и интеллектуальные. Въ этомъ случаѣ всѣ соучастники не отвѣчаютъ за то, что они предполагали сдѣлать, а наказываются за то, что уже они сдѣлали, если, конечно, учиненное заключаетъ въ себѣ что-либо преступное. Въ тѣхъ же случаяхъ, когда согласившіеся ограничились только

составленіемъ сообщества или шайки, а затѣмъ сообщество распалось, отвѣтственность должна прекращаться.

Болѣе спорнымъ и сложнымъ представляется вопросъ объ отказѣ отдѣльныхъ соучастниковъ, но и здѣсь, по моему мнѣнію, необходимо различать такихъ соучастниковъ, за уклоненіемъ которыхъ осталось не выполненнымъ задуманное преступленіе, и отказъ тѣхъ изъ нихъ, который не устранилъ окончанія преступленія вполнѣ или въ части. Если отказался отъ предположеннаго физическій исполнитель, такъ что дальнѣйшая дѣятельность прекратилась, прежде чѣмъ имъ было учинено что-либо преступное, то этотъ отказъ освобождаетъ отъ отвѣтственности и другихъ соучастниковъ: воръ пошелъ на кражу, но одумался и возвратился назадъ; можемъ ли мы, тѣмъ не менѣе, привлечь къ отвѣтственности и наказать человѣка, его подговорившаго или доставившаго ему отмычку? И если мы ихъ накажемъ, то за что: за оконченную кражу или за покушеніе и притомъ какое[1])? Другое дѣло, если по отношенію къ данному дѣянію наказывается самое составленіе заговора или шайки. Тогда, конечно, всѣ соучастники отвѣчаютъ за участіе въ таковомъ. Если же исполнителей было нѣсколько, то отказъ можетъ имѣть значеніе только по отношенію къ каждому изъ нихъ въ отдѣльности, и притомъ при наличности вышеприведенныхъ условій, указанныхъ въ ст. 51. Но если отказавшійся исполнитель учинилъ уже покушеніе, но не подлежащее наказанію именно потому, что исполнитель добровольно прекратилъ дальнѣйшую дѣятельность? Вопросъ несомнѣнно представляется спорнымъ: съ одной стороны, то, что совершилось, представляется не наказуемымъ, а участіе въ ненаказуемомъ дѣяніи не можетъ почитаться преступнымъ; но съ другой стороны, причина этой безнаказанности заключается въ особенныхъ личныхъ условіяхъ исполнителя, а таковыя не могутъ распространяться на другихъ. Германскій рейхсгерихтъ въ рѣшеніяхъ 1881 г. Января 13 и 1882 г. Іюня 8 призналъ, что при этихъ условіяхъ нѣтъ основанія освобождать отъ отвѣтственности соучастниковъ, и я думаю, что такое разрѣшеніе вопроса представляется основательнымъ.

Второй случай представляетъ отказъ подстрекателя, если подстрекнутый, несмотря на это, исполнилъ преступленіе или пытался его исполнить.

Случаи этого рода представляютъ весьма много оттѣнковъ.

Если преступное дѣяніе или наказуемое покушеніе на него уже совершились, то какъ бы ни было полно и искренно раскаяніе подстрекателя, оно не можетъ уничтожить его отвѣтственности, а можетъ только вліять на мѣру наказанія, подобно тому, какъ не уничтожаетъ позднее раскаяніе поджигателя или отравителя отвѣтственности за учиненное ими.

Такой же выводъ долженъ быть сдѣланъ и въ томъ случаѣ, когда под-

---

1) Многіе изъ нѣмецкихъ криминалистовъ, какъ, напр., Mittermayer, Zachariae, Bauer, Köstlin, Hälschner, Schwarze, Geyer, Liszt, Binding, держатся того же мнѣнія, находя, что добровольный отказъ исполнителя, какъ чисто личное основаніе безнаказанности, не распространяется на другихъ соучастниковъ, которые отвѣчаютъ за обыкновенное покушеніе. За полную безнаказанность въ этихъ случаяхъ всѣхъ соучастниковъ высказываются: Berner, Bar, Langenbeck, Baumgarten, Versuch, стр. 457.

стрекатель раскаялся своевременно, но не употребилъ никакихъ мѣръ, чтобы уничтожить послѣдствія своего подговора, когда онъ оставался какъ бы пассивнымъ зрителемъ совершающихся событій. Въ этомъ случаѣ учиненное есть дѣло рукъ его; онъ направилъ исполнителя и причинная связь его подговора и результата ничѣмъ не разрушена. Искренность его раскаянія есть только основаніе для снисхожденія, но не для безнаказанности.

Мало того, даже и въ тѣхъ случаяхъ, когда раскаявшійся подстрекатель сдѣлалъ своевременно заявленіе полиціи или жертвѣ, но не принялъ никакихъ мѣръ для устраненія послѣдствій подговора, онъ можетъ разсчитывать на снисхожденіе, но не на безнаказанность, подобно тому, какъ и поджигатель, который, раскаявшись, тотчасъ призвалъ для тушенія постороннихъ, сбѣгалъ за пожарною командою и т. д., если, несмотря на это, подожженное имъ сгорѣло, все-таки отвѣчаетъ за поджогъ.

Но обстоятельства измѣняются, если подстрекатель употребилъ, хотя и безполезно, всѣ усилія для уничтоженія результатовъ своего подговора.

Конечно, и здѣсь можно говорить, что сохраняется связь подговора и преступной дѣятельности, что разъ посѣянное сѣмя должно было принести и принесло свой плодъ. Но я думаю, что такой отвѣтъ едва ли будетъ правиленъ и теоретически, и практически. Если бы возбуждена была стихійная сила, то безплодныя старанія предотвратить ея результатъ не уничтожили бы причинной связи; но здѣсь возбуждено лицо, дѣйствующее сознательно и вкладывающее въ преступленіе и свою волю. Въ виду этого, настойчивыя и энергическія убѣжденія подстрекателя о необходимости, по какимъ бы то ни было основаніямъ, отказаться отъ преступленія, старанія его предупредить посягательство, парализуютъ всякое вліяніе его прежняго подговора, дѣлаютъ единственнымъ виновникомъ учиненнаго самого исполнителя.

Остается категорія пособниковъ. Очевидно, о вліяніи ихъ отказа на наказуемость можетъ быть рѣчь только тогда, когда отказъ является своевременнымъ по отношенію къ совершенію преступленія, хотя бы ихъ личная дѣятельность уже и была окончена; поэтому лицо, давшее, напр., указаніе объ удобномъ времени для выполненія преступнаго дѣянія или доставившее ножъ для убійства и затѣмъ одумавшееся, можетъ еще, при извѣстныхъ условіяхъ, ссылаться въ свое оправданіе на это измѣненіе воли. Если его раскаяніе было вполнѣ искренно, но ни въ чемъ активно не выразилось, то и онъ, подобно подстрекателю, можетъ только разсчитывать на снисхожденіе, а если онъ сдѣлалъ своевременное заявленіе полиціи или старался предупредить выполненіе всѣми зависящими отъ него средствами, то можетъ быть признанъ и совершенно не наказуемымъ.

Наше уложеніе о наказаніяхъ 1845 г. содержало рядъ постановленій о вліяніи отказа отъ выполненія задуманнаго соучастниковъ, какъ всѣхъ сообща (ст. 122), такъ и отдѣльныхъ лицъ (ст. 118—121). Въ первомъ случаѣ, если всѣ согласившіеся отступили отъ своего намѣренія по собственной волѣ и прежде всякаго на задуманное покушенія, то они освобождались отъ наказанія, за исключеніемъ тѣхъ преступленій, при которыхъ по закону наказывается одинъ умыселъ, но они могли быть отданы подъ надзоръ полиціи. Во второмъ, зачинщики, если они отказались отъ задуманнаго, но не приняли

мѣръ для предупрежденія онаго и не донесли о томъ начальству, наказывались одною степенью ниже; такое же уменьшеніе допускалось и для подговорщиковъ, если они и старались остановить приведеніе умысла въ исполненіе, но не донесли начальству; сообщники же, отказавшіеся отъ участія, но не донесшіе, наказывались двумя и даже тремя степенями ниже, и, наконецъ, пособники (ст. 123) въ этихъ случаяхъ наказывались только за недонесеніе. Такимъ образомъ, несмотря на эти подробныя правила, оставалось неизвѣстнымъ, какъ же поступать съ тѣми (кромѣ подговорщиковъ), которые приняли мѣры къ предотвращенію задуманнаго, но не донесли, или съ тѣми, которые донесли начальству, но не приняли мѣръ? По смыслу закона, казалось бы, послѣдніе освобождались отъ отвѣтственности, хотя такое толкованіе было не согласно съ правилами о наказуемости пособниковъ. Кромѣ того, самый основной принципъ уложенія, по коему основаніемъ безотвѣтственности является не стремленіе соучастниковъ загладить послѣдствія своей дѣятельности, а своевременное донесеніе, представляется едва ли правильнымъ. Еще Екатерина въ Наказѣ (ст. 203) говорила: «нѣкоторыя правительства освобождаютъ отъ наказанія сообщника великаго преступленія, донесшаго на своихъ товарищей. Такой способъ имѣетъ свои выгоды, а также свои неудобства, когда оный употребляется въ случаяхъ особенныхъ», а источникъ, изъ котораго Екатерина взяла эту мысль (ср. сочиненіе Беккаріа въ переводѣ С. Зарудnаго, стр. 66), давалъ ей такое поясненіе, не утратившее значенія и для настоящаго времени, но которое Екатерина, очевидно, не нашла удобнымъ перенести въ Наказъ: «неудобства состоятъ въ томъ, что государство покровительствуетъ измѣнѣ, ненавистной даже въ средѣ разбойниковъ, ибо для государства менѣе гибельны преступленія, порождаемыя мужествомъ, чѣмъ вызванныя подлостью, потому что первыя не очень часто встрѣчаются, такъ какъ мужество ожидаетъ только благодѣтельной направляющей силы, которая заставила бы ее стремиться къ общественному благу, между тѣмъ какъ подлость встрѣчается чаще и притомъ очень заразительна и сосредоточивается всегда сама въ себѣ. Кромѣ того, судъ высказываетъ этимъ свою собственную неувѣренность и слабость законовъ, обращающихся за защитою къ тѣмъ, кто ихъ нарушаетъ».

Дѣйствующее уложеніе содержитъ по этому поводу категорическое положеніе: соучастникъ, отказавшійся отъ такого участія и принявшій своевременно всѣ зависѣвшія отъ него мѣры для предотвращенія сего дѣянія, освобождается отъ наказанія.

189. *Прикосновенность.* Рядомъ съ соучастниками еще наше уложеніе о нак. 1845 г. ставило группу лицъ, такъ называемыхъ прикосновенныхъ къ преступленію, причисляя къ нимъ попустителей, укрывателей и недоносителей [1]).

---

1) Ср. литературныя указанія въ моемъ курсѣ, III, № 497, пр. 387. Изъ монографій можно указать: Полетаевъ, Прикосновенность къ преступленію, въ ж. м. ю. за 1862 г.; Sander, Erörterungen der Lehre von der Begünstigung und Hehlerei, въ Archiv за 1838 и 1839 гг.; Schwarze, Begünstigung und Hehlerei, въ G. за 1872 г.; Villnow, Raub und Erpressung, Begünstigung und Hehlerei, 1875 г.; Buri, Begünstigung und Hehlerei въ G. за 1877 г.; Gretener, Begünstigung und Hehlerei in historisch-dogmatischer Darstellung, 1879 г.; Herzog въ Goltd. Arch. 1881, стр. 112; Geyer въ L. Z. II, стр. 315 и сл.

Такое соединеніе прикосновенности съ соучастіемъ было обычнымъ явленіемъ въ законодательствахъ не только XVIII, но и первой половины XIX столѣтія, въ особенности въ партикулярныхъ нѣмецкихъ кодексахъ, съ прусскимъ 1851 г. и баварскимъ 1861 г. включительно, причемъ большинство изъ нихъ относило прикосновенныхъ къ соучастникамъ 3-го разряда. [1]) Но изъ дѣйствующихъ важнѣйшихъ западно-европейскихъ кодексовъ только французскій сохранилъ въ общей части постановленія о такъ называемомъ подразумѣваемомъ соучастіи, а именно о пристанодержательствѣ (ст. 61) и объ укрывательствѣ вещей, добытыхъ преступленіемъ [2]). Укрыватели подлежатъ такому же наказанію, какъ и виновные; только смертная казнь замѣняется для нихъ безсрочными каторжными работами, а безсрочныя работы и ссылка примѣняются только въ томъ случаѣ, когда укрывателямъ были извѣстны тѣ отягчающія обстоятельства, въ силу коихъ главные виновные подлежатъ этимъ наказаніямъ. О недоносителяхъ кодексъ французскій содержалъ спеціальныя правила въ особенной части; но эти постановленія отмѣнены нынѣ, по закону 1832 г. Кодексъ бельгійскій сохранилъ въ общей части (ст. 68) только постановленія о дачѣ убѣжища преступнику, а всѣ остальные случаи прикосновенности отнесъ въ особенную часть [3]).

Новое германское уложеніе, а за нимъ венгерское, голландское и итальянское, а равно и проектъ австрійскаго уложенія, вовсе не упоминаютъ о прикосновенныхъ въ общей части, а образуютъ изъ важнѣйшихъ видовъ этой преступной дѣятельности особыя группы преступленій, различая, какъ, напр., германское, Begünstigung, какъ укрывательство преступника и слѣдовъ преступленія; Hehlerei,—пользованіе плодами преступленія изъ корыстныхъ видовъ и недонесеніе, наказуемое только при нарушеніи спеціальныхъ обязанностей.

Несравненно упорнѣе держится ученіе о прикосновенности, какъ особомъ типѣ соучастія, въ доктринѣ, особенно нѣмецкой, хотя нельзя не сказать, что ряды его сторонниковъ и здѣсь значительно рѣдѣютъ [4]).

Наиболѣе старая доктрина считала прикосновенность за разновидность соучастія. Такъ, Борстъ [5]), опредѣляя соучастіе, какъ всякое волимое дѣйствіе, которымъ содѣйствуютъ возникновенію или продолженію преступленія, и всякое невмѣшательство, которымъ преступленіе могло быть предотвращено, прибавляетъ, «что такъ какъ преступленіе продолжается послѣ его возникновенія въ томъ, что виновный избѣгаетъ заслуженнаго наказанія и старается воспользоваться плодами преступленія, то потому всѣ лица, вкладывающіяся въ преступленіе до момента примѣненія наказанія, могутъ разсматриваться, какъ

---

1) Ср. очеркъ законодательныхъ постановленій въ моемъ курсѣ, III, № 498 и сл.; также Гретенеръ, стр. 45 и сл.

2) Ср. разборъ этихъ постановленій у F. Hélie, I, № 211—220; Garraud, II, № 260 и сл.; Ortolan, № 1275, видитъ въ этихъ случаяхъ сопредѣльность (connexité), а не соучастіе (complicité). Подъ вліяніемъ системы code pénal многіе французскіе криминалисты и теперь дѣлятъ соучастіе на 3 вида: предъ совершеніемъ, во время совершенія и послѣ совершенія. Ср., напр., Molinier, Laborde и др. Обстоятельныя возраженія противъ отнесенія укрывателей къ соучастникамъ дѣлаетъ Boitard, Leçons, стр. 179 и сл.

3) Система бельгійскаго кодекса изложена у Prins, Science, № 585 и сл.

4) Такъ, изъ новыхъ нѣмецкихъ криминалистовъ въ защиту этого ученія высказались: H. Meyer, § 36, отчасти Merkel и Schütze, Villnow, изъ итальянцевъ въ особенности Carrara; противъ Köstlin, Hälschner, Berner, Binding, Geyer, Liszt, Gretener, Ianka и др.

5) Въ его статьѣ о соучастіи въ Archiv VII, стр. 670 и сл. Еще шире опредѣленіе у Klein, въ его Grundsätze des gemeinen deutschen peinlichen Rechts, 1799, стр. 115: «соучастникъ всякій, кто содѣйствовалъ чѣмъ либо бытію преступленія или заявилъ, что онъ имѣетъ интересъ въ преступленіи или преступникѣ». Такого же взгляда держались: Tittmann, Kleinschrod, Feuerbach, Abegg, Bauer, Jarcke; ср. оцѣнку этой теоріи у Gretener, стр. 70 и сл. H. Meyer, стр. 254 и сл., говоритъ: прикосновенность есть содѣйствіе преступному дѣянію по его окончаніи, содѣйствіе или положительное—его результатамъ, или отрицательное—примѣненію къ виновному наказанія; изъ новыхъ криминалистовъ въ защиту прежняго взгляда—Villnow, отчасти Buri, Merkel.

соучастники». Поэтому сторонники этого воззрѣнія дѣлили соучастниковъ на три типа: виновниковъ, пособниковъ и прикосновенныхъ.

Но, не говоря уже объ отсутствіи общенія въ виновности, соглашенія между участниками и прикосновенными, безъ котораго, какъ было указано выше, нѣтъ соучастія, самая основная идея этой доктрины, что преступленіе продолжается въ безнаказанности и пользованіи плодами преступной дѣятельности, составляетъ и безплодную, и совершенно несостоятельную фикцію. Преступленіе есть посягательство на норму въ ея реальномъ бытіи, оно и юридически, и фактически оканчивается съ того момента, когда оканчивается посягательство; позднѣйшія юридическія событія и отношенія могутъ стоять въ извѣстной связи съ этимъ минувшимъ актомъ, могутъ соприкасаться съ нимъ, но они не могутъ сдѣлаться его частью. Да и съ практической стороны, какимъ образомъ признаемъ мы человѣка, содѣйствовавшаго побѣгу каторжника, соучастникомъ дѣянія, за которое бѣжавшій былъ осужденъ на каторгу, о которомъ содѣйствовавшій побѣгу можетъ быть не имѣлъ никакого понятія? Или если убійство было совершено ради вступленія въ бракъ со вдовою убитаго, то можемъ ли мы признать участникомъ убійства того, кто содѣйствовалъ этому браку?

На смѣну этого воззрѣнія явилось другое, которое, сохраняя ученіе о прикосновенности въ общей части, видитъ въ немъ не разновидность соучастія, а самостоятельную форму совиновничества, дополнительную виновность. Въ Германіи главнымъ представителемъ этого взгляда былъ Зандеръ въ его статьѣ о прикосновенности, а у насъ Жиряевъ [1]). Это ученіе лежало и въ основѣ постановленій уложенія о наказ. 1845 г.

Родовое понятіе стеченія преступниковъ, говоритъ пр. Жиряевъ (стр. 16), содержитъ въ себѣ два вида—участіе и прикосновенность. Прикосновенность (стр. 128) не есть ни участіе въ преступленіи, какъ думаютъ Фейербахъ и Геффтеръ, ни особенное опредѣленное или самостоятельное преступленіе, какъ думаютъ Миттермайеръ и Кестлинъ; оно, какъ справедливо опредѣляетъ ея сущность Зандеръ, есть особенное, но не самостоятельное, а придаточное преступленіе (delictum accessorium). Противозаконныя дѣйствія прикосновенныхъ—попустительство, укрывательство и недонесеніе, суть придаточныя преступленія, подобно тому, какъ залогъ или поручительство представляютъ accessorium займа. Но вмѣстѣ съ тѣмъ, прикосновенность существенно отличается отъ соучастія. Прикосновенность означаетъ внѣшнее, участіе же—внутреннее отношеніе между преступленіемъ и лицомъ, которое дѣйствовало при его совершеніи или по поводу его совершенія; прикосновенные къ преступленію стоятъ лишь близъ главнаго преступленія, тогда какъ участвующіе находятся внутри его; первые касаются главнаго преступленія, вторые же совершенно объемлютъ его или, правильнѣе, объемлются имъ.

Доказательства этого характера прикосновенности, по мнѣнію Жиряева, сводятся къ слѣдующимъ: 1) прикосновенные никогда не являются одни предъ судомъ, а всегда въ сообществѣ съ виновными; 2) на наказуемость прикосновенныхъ вліяетъ наказуемость участниковъ. Эта связь и составляетъ, по его мнѣнію, наиболѣе важное основаніе для отнесенія прикосновенности къ участію. Она обнаруживается такъ: а) при ненаказуемости первыхъ—являются ненаказуемыми и вторые; б) при обнаруженіи при розыскѣ бо́льшаго преступленія, нежели какое казалось при первомъ обозрѣніи,—возрастаетъ и отвѣтственность прикосновенныхъ и, наоборотъ, при обнаруженіи меньшаго—она падаетъ.

Эти главные доводы, выставляемые разсматриваемою доктриною, представляются, однако, мало убѣдительными. Процессуальный признакъ односудимости или разносудимости, какъ было замѣчено выше, не играетъ никакой роли и при соучастіи; тѣмъ болѣе примѣнимо это положеніе къ прикосновеннымъ. Намъ весьма нетрудно представить, что въ судѣ, на скамьѣ подсудимыхъ, фигурируютъ одни прикосновенные: къ отвѣтственности привлечено лицо, содѣйствовавшее побѣгу преступника, между тѣмъ какъ самъ преступникъ остался не разысканнымъ, бѣжалъ за границу и т. д.

Далѣе, указаніе на то, что при ненаказуемости главныхъ виновныхъ не наказуемы

---

1) Въ монографіи о стеченіи преступниковъ. Тотъ же взглядъ защищаетъ г. Кистяковскій, §§ 304 и 325; изложеніе теоріи Зандера въ моемъ курсѣ, III, № 501.; ранѣе Зандера тотъ же взглядъ на прикосновенность, хотя и не вполнѣ опредѣлительно выраженный, можно замѣтить у Квисторпа, Грольмана, Мартина.

и прикосновенные, справедливо только отчасти. Если главный виновный окажется недѣеспособнымъ, или будетъ помилованъ, или умретъ, то это не устранитъ отвѣтственности купившихъ украденныя имъ вещи или содѣйствовавшихъ его побѣгу; безнаказанность прикосновенныхъ наступаетъ только тогда, когда самое дѣяніе признается несуществующимъ или непреступнымъ, или когда лицо, котораго, положимъ, укрывали, признается не совершившимъ ничего преступнаго; но въ этомъ случаѣ, какъ не трудно видѣть, измѣняется юридическое свойство и того дѣянія, которое учинилъ прикосновенный, такъ что его непреступность имѣетъ не акцессорный, а самостоятельный характеръ: если кто-либо обвинялся въ томъ, что онъ укрылъ человѣка, совершившаго убійство, и если, затѣмъ, судъ признаетъ, что убійства вовсе не было, или что убійство было учинено не этимъ лицомъ, то измѣняется и свойство дѣянія, учиненнаго укрывателемъ: онъ укрылъ человѣка, не совершившаго никакого преступнаго дѣянія, т. е. учинилъ дѣяніе, не воспрещенное уголовнымъ закономъ.

Еще менѣе имѣетъ значенія аргументъ о соотносительномъ возрастаніи и ослабленіи отвѣтственности прикосновенныхъ, сравнительно съ наказуемостью того дѣянія, съ которымъ соприкасалась ихъ дѣятельность. Если выводить такое положеніе, какъ это дѣлаетъ авторъ, изъ системы наказуемости прикосновенныхъ, принятой нѣкоторыми кодексами, въ томъ числѣ и нашимъ уложеніемъ, то это значитъ употреблять доказательствомъ само же доказываемое, а если смотрѣть на него съ точки зрѣнія теоретической, то оно представится излишне обобщеннымъ, а потому и невѣрнымъ. Возрастаніе отвѣтственности прикосновенныхъ можетъ зависѣть не отъ одной наказуемости главнаго дѣянія, но и отъ всей обстановки прикосновенности, отъ мотивовъ дѣятельности и т. д.; можемъ ли мы сказать, что скрывшій убійцу изъ состраданія, дружбы, всегда будетъ преступнѣе скупщика краденыхъ вещей по ремеслу?

Еще слабѣе другіе, второстепенные доводы, приводимые Жиряевымъ и другими сторонниками того же направленія. Если, говорятъ они, и признать прикосновенность самостоятельнымъ дѣяніемъ, то все-таки придется о ней говорить не въ особенной, а въ общей части, такъ какъ прикосновенность относится ко всѣмъ преступнымъ дѣяніямъ [1]). Но этотъ доводъ и не точенъ, и не убѣдителенъ. Можно ли представить наказуемое попустительство или недонесеніе относительно куренія въ недозволенномъ мѣстѣ или другаго аналогичнаго проступка? Отвѣтственность за неисполненіе подобныхъ обязанностей, очевидно, должна имѣть извѣстные предѣлы. Съ другой стороны, не встрѣчаемъ ли мы въ особенной части всѣхъ кодексовъ особыхъ постановленій о наказуемости, напр., умышленнаго неправосудія по дѣламъ уголовнымъ, хотя, очевидно, такой проступокъ можетъ встрѣтиться при всякомъ преступномъ дѣяніи? Также не существенно указаніе на то, что, при отнесеніи прикосновенности къ группѣ самостоятельныхъ преступныхъ дѣяній, пришлось бы говорить о покушеніи на такого рода дѣятельность, а равно и о соучастіи въ ней, такъ какъ, съ одной стороны, является естественный вопросъ: почему же не можетъ быть въ случаяхъ этого рода покушенія или соучастія? Если мы представимъ себѣ, что нѣсколько человѣкъ обвиняются въ скрытіи слѣдовъ преступленія, причемъ одинъ изъ нихъ зарывалъ вещи, другой стоялъ на сторожѣ, третій досталъ лопату, то должны ли мы признавать ихъ дѣятельность тождественною, или она допускаетъ оттѣнки виновности? Съ другой стороны, всѣ эти вопросы одинаково могутъ возникнуть и въ томъ случаѣ, когда мы будемъ признавать прикосновенность однимъ изъ видовъ соучастія.

Всѣ эти соображенія, по моему мнѣнію, указываютъ, что прикосновенность нельзя считать ни участіемъ, ни особенною формою совиновничества: нельзя вложиться въ то, что уже совершилось и существуетъ, нельзя согласиться на участіе въ томъ, что уже сдѣлано, тѣмъ болѣе, что, какъ говоритъ самъ же Жиряевъ, направленіе воли участниковъ и прикосновенныхъ можетъ быть не только не однородно, но и противоположно; прикосновенные не объединяются съ участниками ни волею, ни дѣятельностью.

Но этого мало; они точно также не объединяются и между собою ни внутреннею, ни внѣшнею стороною. Когда мы говоримъ о соучастіи и соучастникахъ, то мы имѣемъ въ виду лицъ, вложившихся въ преступленіе волею и дѣятельностью, содѣйствовавшихъ

---

1) На этотъ доводъ опиралось большинство нашихъ практиковъ въ своихъ возраженіяхъ противъ системы, усвоенной проектомъ нынѣ дѣйствующаго уголовнаго уложенія.

его выполненію; лицъ, которыя, несмотря на различіе ихъ дѣятельности, объединяются и ассимилируются фактомъ соучастія, въ силу чего и отвѣтственность ихъ является общею. Но этого условія не существуетъ для прикосновенныхъ: недоноситель о преступномъ дѣяніи отвѣчаетъ совершенно независимо отъ существованія укрывателей или попустителей; нѣсколько лицъ, порознь купившихъ краденыя вещи, будутъ наказаны какъ укрыватели одной и той же кражи, хотя они узнали о существованіи другъ друга впервые только на скамьѣ подсудимыхъ. Самая отвѣтственность ихъ будетъ совершенно индивидуальна: недоноситель не можетъ отвѣчать за то, что сдѣлалъ укрыватель, и наоборотъ.

Если же видѣть обобщающую черту въ томъ, что всѣ они прикасаются къ одному и тому же преступному дѣянію, то мы не должны забывать, что и съ этой стороны понятіе прикосновенности является условнымъ и шаткимъ. Человѣкъ, отозвавшійся съ похвалою о совершившемся преступленіи, высказавшій сочувствіе къ преступнику, выпившій стаканъ вина, купленнаго на краденыя деньги, любовница, живущая на счетъ преступника, свидѣтель, давшій ложное показаніе по уголовному дѣлу, судья, постановившій завѣдомо неправый приговоръ, человѣкъ, помогавшій побѣгу арестанта и т. д., всѣ они прикасаются къ преступному дѣянію, но ихъ поступки или вовсе не подлежатъ репрессіи уголовной, или составляютъ самостоятельные проступки.

А между тѣмъ перенесеніе ученія о прикосновенности въ особенную часть представляетъ не только теоретическій, но и практическій интересъ: съ помѣщеніемъ отдѣльныхъ случаевъ прикосновенности въ соотвѣтственныя рубрики можно вѣрно оцѣнить какъ основанія ихъ наказуемости, такъ и характеристическіе признаки каждаго типа [1]).

Отдѣльныя постановленія объ отвѣтственности подговорщиковъ, укрывателей, пристанодержателей въ изобиліи встрѣчаются въ нашемъ старомъ правѣ [2]).

Уже въ судебникахъ видное мѣсто занимали постановленія противъ лиходѣевъ земли русской, земскихъ разорителей: воровъ, разбойниковъ и грабителей. Безгосударное время, конечно, не могло способствовать укрѣпленію спокойствія. Наоборотъ, этотъ періодъ великаго шатанія Руси, эпоха самозванствъ, только усилила элементъ бродячій, изъ котораго формировались разбойныя и иныя воровскія шайки, и оставила грозное наслѣдіе московскому самодержавію XVII вѣка. Припомнимъ разсказы современниковъ, въ особенности Котошихина, что не только на безлюдныхъ мѣстахъ, на большихъ дорогахъ, но даже въ самой Москвѣ, въ царствованіе Алексѣя Михайловича, рѣдкій день проходилъ, чтобы не объявился гдѣ-нибудь на улицахъ смертный бой и грабежъ, а въ праздничные дни находили мертвыхъ тѣлъ по пяти и болѣе. Въ Москвѣ, говоритъ любопытный актъ 1668 г. (п. с. з. 423; ср. также указъ 1678 г. февр. 24), «по улицамъ воры ѣздятъ, всякихъ чиновъ люди и боярскіе холопы, въ саняхъ и пѣши, ходятъ многолюдствомъ, съ ружьями и бердышами и съ рогатинами и съ топорами и съ большими ножами и воруютъ и людей бьютъ и грабятъ и до смерти побиваютъ и всякія воровства отъ нихъ чинятся». Еще въ наказѣ сыщикамъ 1710 г. 30 ноября (п. с. з. 2310) говорится о подмосковныхъ мѣстностяхъ: «пріѣзжаютъ разбойники многолюдствомъ со всякимъ боевымъ ружьемъ въ домъ, села и деревни разбиваютъ и пожигаютъ, днемъ и ночью, и побиваютъ многихъ людей до смерти и животы ихъ и людей ихъ и крестьянъ берутъ безъ остатку, а бабъ и дѣвокъ увозятъ съ собою для ругательства и лошадей берутъ и достальныхъ лошадей и скотину побиваютъ до смерти». Очевидно, что при этой борьбѣ съ ворами и разбойниками, государство не могло не обратить вниманія и на тѣхъ людей, благодаря которымъ они могли дѣйствовать, на подговорщиковъ, пристанодержателей; уложеніе 1649 г. нарочито хлопочетъ о томъ, чтобы ворамъ и разбойникамъ нигдѣ прибѣжища не было (глава XXI ст. 20), сурово наказывая и тѣхъ, которые воровъ укрывали, и тѣхъ, которые татиную и разбойную рухлядь къ себѣ принимали и покупали; при томъ же объявляется, говоритъ указъ 1719 г. 30 октября о поимкѣ бѣглыхъ (п. с. з. 3445), что тѣ люди, которые такихъ воровъ кроютъ или пристань имъ держатъ или объ нихъ, такожъ и о тѣхъ, у которыхъ они пристаютъ, вѣдаютъ, а не извѣстятъ

---

1) Подробные доводы въ защиту самостоятельнаго характера прикосновенности у Greiener, стр. 97; изъ французскихъ криминалистовъ у Rossi, глава XL; Haus, № 551 и сл.; изъ нашихъ — Спасовичъ, стр. 164; Н. Неклюдовъ, приложенія, стр. 541.

2) Ср. историческія указанія въ моемъ курсѣ № 504.

прежде времени, признаются за такихъ же воровъ, понеже какой тотъ добрый человѣкъ и доброхотъ отечеству своему, кто такихъ злодѣевъ кроетъ... и поступлено будетъ съ ними такъ, какъ и съ сущими ворами злодѣями». Мало того, подъ страхомъ тяжкаго наказанія, правительство требовало не только донесенія о злодѣяхъ, но и положительнаго содѣйствія въ ихъ поимкѣ и искорененіи. «А гдѣ учинится разбой, говоритъ уложеніе (глава XXI, ст. 59) и которые сторонніе люди слышали крикъ и вопъ разбитыхъ людей, какъ ихъ разбойники, разбиваютъ и тѣ люди на крикъ и вопъ не пойдутъ и ихъ выдадутъ, или которыхъ людей послѣ разбою разбитые люди учнутъ за разбойники въ погоню и на слѣдъ звати, а тѣ люди въ погоню не пойдутъ.... и на тѣхъ людѣхъ за выдачу и за ослушаніе искати выти, и чинити жестокое наказаніе—бить кнутомъ» [1]).

Рядомъ съ разбойниками стояли и другіе лиходѣи народные, упорная борьба правительства съ которыми оказалась еще безуспѣшнѣе и была передана и нынѣшнему времени—это взяточники и лихоимцы; чего только не испробовало государство въ борьбѣ съ этимъ зломъ! Причемъ обыкновенно наравнѣ съ лихоимцами наказывались и лиходатели и поноровщики, къ которымъ относились и недоносители.

Третью группу преступленій, при которыхъ законъ сурово преслѣдовалъ и лицъ прикосновенныхъ, составляли преступленія государственныя. Самодержавіе, ставшее основнымъ принципомъ государственной жизни, сурово расправлялось со всѣми попытками противодѣйствія, требовало отъ всѣхъ полнаго содѣйствія въ борьбѣ съ крамольниками. «А будетъ кто, говоритъ уложеніе (глава II, ст. 19), свѣдавъ и услышавъ на царское величество въ какихъ людѣхъ скопъ и заговоръ, или иной какой умыселъ... про то не извѣститъ и сыщется про то допряма, и его за то казнити смертью, безъ всякія пощады». При этомъ отъ обязанности доноса не освобождались ни жена, ни дѣти, ни близкіе родичи. «А жена будетъ и дѣти такихъ измѣнниковъ про ту ихъ измѣну вѣдали, и ихъ потому же казнити смертью (глава II, ст. 6), и про такова измѣнника сыскивати всякими сыски накрѣпко, отецъ и мать и родъ его про ту измѣну вѣдали ли; да будетъ сыщется допряма, что они про измѣну того измѣнника вѣдали, и ихъ казнити смертью же, а вотчины и помѣстья ихъ и животы взяти на государя». Еще сильнѣе развилось значеніе доноса и преступность недоносителей въ эпоху Петра, распространяясь на всѣ преступленія, сколько-нибудь связанныя съ интересами казны. Съ одной стороны, это объяснялось еще болѣе твердою постановкою принципа самодержавія, а съ другого тою ломкою, которая началась во всѣхъ частяхъ управленія, создавая повсюду недовольныхъ и ослушниковъ. «Четвертованіе и конфискація чинятся надъ тѣмъ, котораго преступленіе, хотя къ дѣйству и не произведено, но токмо его воля и хотѣніе къ тому было, и надъ онымъ, который о томъ свѣдомъ былъ, а не извѣстилъ (арт. 19). По артикулу 129: «если кто увѣдаетъ, что одинъ или многіе нѣчто вредительное учинить намѣрены, и о томъ въ удобное время не объявитъ, тотъ имѣетъ по состоянію дѣла на тѣлѣ или животомъ наказанъ быть». По артикулу 135 смертная казнь или тѣлесное наказаніе назначается тѣмъ, которые возмутительныя слова слышали, или таковыя письма читали, а въ надлежащемъ мѣстѣ вскорѣ не донесли. Именнымъ указомъ 25 янв. 1715 года, (п. с. з. 2877) повелѣвалось: 1) о всякомъ зломъ умыслѣ противъ персоны Его Величества; 2) о возмущеніи или бунтѣ, и 3) о похищеніи казны, доносить самому государю или у него на дворѣ безъ всякаго страха, ибо доносчикамъ, какъ примѣры показываютъ, всегда было жалованье, а о прочихъ дѣлахъ доносить, кому тѣ дѣла поручены, а писемъ не подметывать. Но указомъ 19 янв. 1718 г. (п. с. з. 3143) повелѣвалось о похищеніи казны доносить фискаламъ, а государю только *по первымъ двумъ пунктамъ* и то не прямо, а чрезъ караульнаго офицера, ибо многіе плуты подаютъ государю доносъ о бездѣльныхъ дѣлахъ [2]).

---

1) Ср. также п. с. з. №№ 3334, 3477, 5954, 7390, 9025, 11750.

2) Другіе примѣры см. у Полетаева, стр. 56 и сл. Ср. также указъ 26 Апрѣля 1722 г. (3984) и 10 Апр. 1730 (5528) о доносахъ по первымъ двумъ пунктамъ. Проектъ 1813 г. (§ 17) прикосновенныхъ лицъ, какъ укрывателей, такъ и недоносителей, безусловно относилъ къ участникамъ. Изъ старыхъ нашихъ криминалистовъ Гореглядъ, Опытъ начертанія, стр. 96, относя благопріятствующихъ преступленію къ участникамъ, различаетъ ихъ два вида: ближайшихъ и отдаленныхъ; къ ближайшимъ онъ относитъ невоспрепятствовавшихъ преступленію или же недонесшихъ объ ономъ въ самоскорѣйшемъ времени. Относительно же ихъ наказуемости онъ такъ резюмируетъ постановленія нашего права:

Но полное объединеніе всѣ эти постановленія получили только въ сводѣ законовъ, который отнесъ попустителей, недоносителей, участвовавшихъ въ раздѣленіи выгодъ отъ преступленія, завѣдомо оказавшихъ поманку или понаровку—къ пособникамъ или участникамъ преступленія, а изъ укрывателей преступника и лицъ, виновныхъ въ отпускѣ его или послабленіи при поимкѣ, сдѣлалъ особую группу сообщниковъ преступленія.

Редакторы уложенія, слѣдуя преимущественно австрійскому законодательству, хотя и сохранили постановленія о прикосновенности въ общей части, но отдѣлили ее отъ соучастія. При этомъ законъ постановлялъ, что указанные въ общей части типы прикосновенныхъ не исчерпывали всѣхъ случаевъ прикосновенности, такъ какъ ст. 14 говорила: «сверхъ сего *изъ прикосновенныхъ* къ дѣлу и преступленію признаются»; а въ особенной части встрѣчается цѣлый рядъ постановленій, опредѣлявшихъ отвѣтственность за дѣянія, по существу своему вполнѣ соотвѣтствующія понятію прикосновенности, но выдѣленныя уже въ самостоятельныя преступленія, напр., содѣйствіе побѣгу арестантовъ, нѣкоторые случаи недонесенія, покупка и продажа краденаго и т. п.

Уставъ о наказаніяхъ 1864 г. въ общей части вовсе не упоминалъ о прикосновенныхъ, а въ особенной содержалъ нѣсколько спеціальныхъ о семъ постановленій—ст. 64, 159, 172, 180, и притомъ исключительно объ укрывательствѣ преступника и слѣдовъ преступленія, такъ что приходилось признать, что попустители и недоносители были по уставу вовсе не наказуемы [1]).

Прикосновенность и по уложенію 1845 г. безусловно противополагалась соучастію, такъ что никто не могъ быть признанъ одновременно и участникомъ и прикосновеннымъ къ оному, причемъ такой переходъ прикосновенныхъ въ соучастники могъ зависѣть не только отъ физическаго совмѣщенія той и другой дѣятельности въ одномъ лицѣ, но даже отъ одного заранѣе даннаго обѣщанія не препятствовать учиненію преступленія или укрыть его слѣды или виновника, такъ какъ въ этихъ случаяхъ прикосновенный обращался въ пособника [2]).

Такое обѣщаніе могло быть дано заранѣе или во время самаго учиненія дѣянія, оно могло быть или прямо выражено или вытекало изъ волю выражающихъ дѣйствій, но съ тѣмъ лишь условіемъ, чтобы оно было опредѣленно и относилось къ данному случаю. На этомъ основаніи лица, хотя бы и постоянно занимавшіяся скупомъ краденыхъ вещей, обратившія это занятіе въ ремесло, открывшія у себя притоны для воровъ и мошенниковъ, не считались, однако, соучастниками, а отвѣчали или какъ прикосновенные или какъ виновные въ самостоятельныхъ преступленіяхъ—пристанодержательствѣ, скупѣ краденаго и т. п.

При этомъ, такъ какъ по уложенію 1845 г. вся дѣятельность прикосновенныхъ разсматривалась какъ единое цѣлое, разнообразная прикосновенность одного лица къ дѣянію, въ качествѣ попустителя, укрывателя или недоносителя, не могла разсматриваться какъ совокупность, а составляла единую преступную форму соучастія въ обширномъ смыслѣ.

Прикосновенность предполагала наличность другого преступнаго дѣянія: нельзя говорить объ укрывательствѣ преступника или преступленія, если дѣяніе, учиняемое укрываемымъ, не признается преступнымъ, но при этомъ для отвѣтственности прикосновенныхъ представлялось безразличнымъ, было ли самое преступное дѣяніе окончено, или виновный остановился на покушеніи, или даже учинилъ одно приготовленіе, буде таковое было наказуемо по закону [3]).

наказаніе участникамъ и благопріятствующимъ въ нѣкоторыхъ маловажныхъ преступленіяхъ уменьшено противъ главныхъ преступниковъ, а за участіе или благопріятствованіе во многихъ другихъ преступленіяхъ, наказаніе или съ точностью или вовсе не опредѣлено.

1) Ср. доказательства въ моемъ курсѣ № 506; практика Правительствующаго Сената (71/1791, Гольденберга) подводила, однако, эти виды прикосновенности подъ ст. 15 уст., говорившую о соучастіи.

2) Это положеніе было твердо установлено въ рѣшеніяхъ Правительствующаго Сената: 67/190, Абрамовой; 70/704, Иноземцева; 71/442, Бузука; 74/563, Филатова; 75/683, Колесникова и др.

3) Такъ, въ рѣшеніи по дѣлу Мани 1875 № 89 Правит. Сенатъ высказалъ, что такъ какъ главные обвиняемые признаны виновными только въ покушеніи на разбой, то Маня долженъ отвѣчать только за попустительство.

Для наказуемости прикосновенныхъ и по системѣ уложенія 1845 г. была необходима лишь преступность главнаго дѣянія, но не дѣйствительная наказуемость участниковъ; поэтому прикосновенные могли быть привлекаемы къ отвѣтственности, хотя бы совершившіе преступное дѣяніе не были обнаружены или когда виновный умеръ, сошедъ съ ума и т. п.[1]).

Но особенную важность при постановкѣ прикосновенности по уложенію 1845 г. получила субъективная сторона ихъ дѣятельности.

Такъ прикосновенные должны дѣйствовать умышленно, понимая свойство своего поступка и желая или допуская его, или, какъ говорило наше уложеніе, должны дѣйствовать завѣдомо; поэтому и по уложенію 1845 г. была немыслима неосторожная прикосновенность: не могъ считаться укрывателемъ тотъ, кто, не зная, вывезъ въ своемъ возу вора, или попустителемъ тотъ, кто, по разсѣянности, не обратилъ вниманія на то, что въ его присутствіи совершилось какое-либо преступное дѣяніе.

Но по особеннымъ юридическимъ условіямъ этого вида преступныхъ дѣяній этимъ не исчерпывается понятіе завѣдомости; укрывательство состоитъ не въ томъ, что такой то сознательно спряталъ Петра или Ивана, сознательно купилъ или принялъ въ закладъ такую то вещь, а оно сверхъ того предполагаетъ, что дѣйствующій сознавалъ, что Петръ преступникъ, что принимаемая вещь добыта кражею; умыселъ прикосновенныхъ имѣетъ спеціальный характеръ, такъ какъ онъ предполагаетъ наличность сознанія о существованіи преступнаго дѣянія, по поводу коего дѣйствуетъ виновный, а самый вопросъ объ объемѣ и условіяхъ этого сознанія представлялся весьма спорнымъ. Въ тѣхъ законодательствахъ, которыя смотрятъ на дѣятельность прикосновенныхъ, какъ на самостоятельную преступность, онъ рѣшается наиболѣе просто, такъ какъ тогда для завѣдомости достаточно только общаго знанія обвиняемымъ о преступности укрываемаго лица или преступности дѣянія, котораго плодами онъ пользуется: знаніе подробностей дѣянія, его обстановки можетъ вліять на размѣръ наказуемости, но не представляется существеннымъ.

Но, очевидно, такое толкованіе непримѣнимо въ тѣхъ случаяхъ, когда прикосновенность разсматривается, какъ придаточная совиновность. По этой системѣ, признавая кого-либо укрывателемъ, мы наказываемъ его не за укрывательство преступнаго дѣянія вообще, а за укрывательство даннаго опредѣленнаго преступленія. На этомъ основаніи, прикосновенность немыслима безъ знанія индивидуальныхъ свойствъ даннаго преступнаго дѣянія, относя сюда, конечно, существенныя его условія, а не второстепенныя обстоятельства, такъ какъ знаніе или предвидѣніе послѣднихъ не требуется для вмѣненія преступнаго дѣянія даже непосредственно совершившему. Такимъ образомъ, для прикосновенности необходимо знаніе субъекта преступнаго дѣянія, или, если оно совершено соучастниками, по крайней мѣрѣ, одного изъ нихъ, знаніе объекта преступленія, хотя бы въ общихъ чертахъ, и знаніе способа и обстоятельствъ совершенія, насколько эти условія входятъ въ число законныхъ признаковъ дѣянія. Поэтому при системѣ, принятой въ уложеніи 1845 г., возникъ крайне важный практически и трудно разрѣшимый вопросъ о томъ: какое значеніе для отвѣтственности прикосновенныхъ имѣло неполное или невѣрное представленіе ими подробностей главнаго дѣянія. Можно ли было признать наличность укрывательства, напр., въ томъ случаѣ, когда лицо, купившее украденную вещь, предполагало, что кража, которою она добыта, была учинена со взломомъ, тогда какъ кража на самомъ дѣлѣ была простою; можно ли

---

1) Но спорный вопросъ заключался въ томъ: могутъ ли отвѣчать прикосновенные, если непосредственно виновные оправданы судомъ? Я полагаю, что по нашему праву для рѣшенія этого вопроса нужно было имѣть въ виду самое свойство прикосновенности. Если оно заключалось въ укрывательствѣ преступника, то признаніе учинившаго преступленіе невиновнымъ, буде притомъ вопросъ о виновности не былъ раздѣленъ на его составныя части, должно было вести за собою оправданіе и прикосновеннаго, такъ какъ лицо, скрывшее человѣка невиновнаго, хотя бы и предполагавшагося имъ таковымъ, совершило мнимое преступное дѣяніе. Поэтому, если бы присяжные и дали по вопросу о виновности такого прикосновеннаго утвердительный отвѣтъ, то судъ долженъ освободить его отъ наказанія за силою 1 п. ст. 177 у. у. с. Если же прикосновенность заключалась въ попустительствѣ, въ скрытіи слѣдовъ или въ пользованіи плодами преступленія, то прикосновенные могли быть освобождены отъ наказанія только въ томъ случаѣ, когда присяжными былъ отвергнутъ самый фактъ преступнаго дѣянія. Ср. любопытные случаи изъ практики угол. касс. депар. въ рѣшеніяхъ по дѣламъ Ибрагима Нахарчи-Оглы (71/101) и Санина (74/231).

признать укрывателемъ того, кто полагалъ, что укрываетъ отравителя, между тѣмъ какъ укрытый имъ убійца учинилъ преступленіе выстрѣломъ изъ ружья и т. д.? [1]).

Далѣе, прикосновенность, хотя бы она и разсматривалась какъ особая форма соучастія, во всякомъ случаѣ не была участіемъ въ главномъ преступномъ дѣяніи. Поэтому дѣйствія прикосновенныхъ считаются выполненными или оконченными независимо отъ окончанія главнаго дѣянія, т. е. съ момента дачи убѣжища, скрытія слѣдовъ, тѣмъ болѣе, что преимущественно дѣйствія прикосновенныхъ совершаются послѣ окончанія главнаго дѣйствія, а посему и всѣ институты, зависящіе отъ момента совершенія, какъ, напр., давность, установляются для прикосновенныхъ независимо отъ непосредственно виновныхъ, что, очевидно, трудно совмѣстимо съ понятіемъ прикосновенности, какъ дополнительномъ соучастіи.

Но такая объективная самостоятельность прикосновенности возбуждаетъ далѣе вопросы о возможности покушенія на такую дѣятельность и о соучастіи въ ней. Въ тѣхъ кодексахъ, которые перенесли эту дѣятельность въ часть особенную, эти вопросы рѣшаются по общимъ правиламъ, но, напр., по уложенію 1845 г. они вызывали значительныя затрудненія.

Конечно, покушеніе или приготовленіе на нѣкоторые виды прикосновенности фактически было возможно и при такой постановкѣ прикосновенности: обвиняемый пытался скрыть преступника, но не успѣлъ; приготовился скрыть слѣды преступнаго дѣянія, но былъ захваченъ и т. д. Но наказуемы ли эти дѣйствія? Я полагаю, что нѣтъ, такъ какъ прикосновенными признавались и по уложенію 1845 г. не всѣ субъекты, сознательно дѣйствующіе по поводу или въ видахъ какого-либо преступнаго дѣянія, а только выполнившіе дѣятельность, закономъ указанную; поэтому, напр., сокрытіемъ преступника называлось дѣйствительное помѣщеніе преступника въ убѣжище, а не одно приготовленіе такового убѣжища [2]).

Точно также и соучастіе въ прикосновенности, особенно выполняемое активною дѣятельностью, какъ, напр., укрывательство, фактически было вполнѣ возможно: скрыть слѣды преступленія могли нѣсколько человѣкъ, игравшихъ притомъ весьма разнообразную роль въ этомъ скрытіи, но, съ точки зрѣнія отвѣтственности, всѣ они подходили подъ одну общую группу прикосновенныхъ того или другаго типа.

Прикосновенность по уложенію 1845 г. была наказуема при всѣхъ дѣяніяхъ, независимо отъ важности и условій главнаго дѣянія. Съ точки зрѣнія теоретической возможности прикосновенности, такая постановка была вполнѣ правильна, такъ какъ всякое преступное дѣяніе, включая сюда и неосторожное, допускаетъ возможность укрывательства, недонесенія и даже попустительства, но съ практической стороны система, усвоенная уложеніемъ, представлялась, очевидно, невыгодною: можно ли наказывать кого-либо за недонесеніе о лицѣ, закурившемъ въ недозволенномъ для того мѣстѣ? и въ этомъ отношеніи новые кодексы стоятъ на болѣе раціональной точкѣ зрѣнія, наказывая прикосновенность въ значительно ограниченномъ объемѣ.

Въ связи съ этимъ находилась и постановка вопроса о размѣрѣ отвѣтственности прикосновенныхъ.

По проекту уложенія 1845 г. (ст. 133 и 134) всѣ прикосновенные, по отношенію къ ихъ наказуемости, распадались на двѣ группы. Къ 1-й относились одни укрыватели, которые наказывались одною степенью ниже противъ пособниковъ не необходимыхъ, а ко 2-й относились всѣ прочіе прикосновенные, для которыхъ назначалась самостоятельная наказуемость, а именно: или заключеніе въ крѣпость, или заключеніе въ тюрьму, или арестъ, или денежное взысканіе. Но при окончательной редакціи уложенія въ Государственномъ Совѣтѣ, въ первую группу изъ второй были перенесены попустители и недоносители о готовящемся преступленіи, а во второй были оставлены только недоносители о совершившемся преступленіи (ст. 126 по изд. 1885 г.), причемъ никакихъ объясненій этой перемѣны въ журналахъ Государственнаго Совѣта не находится.

---

[1]) Ср. П. Фойницкій, Укрывательство вещей, добытыхъ преступленіемъ, Суд. Вѣстн. 1873 г. №№ 221—223.

[2]) Жиряевъ, ст. 41, указываетъ еще и на то, что попустительство и недонесеніе не допускаютъ покушенія, по своей природѣ, какъ бездѣйствіе.

Такимъ образомъ, мѣра наказуемости прикосновенныхъ по уложенію должна была быть исчисляема по тому наказанію, которое полагается въ данномъ случаѣ за главное преступное дѣяніе по закону, независимо отъ той мѣры отвѣтственности, которую, по различнымъ основаніямъ, понесли въ данномъ случаѣ виновники; поэтому было вполнѣ возможно, что прикосновенные наказывались сильнѣе главныхъ виновныхъ, такъ какъ мѣра отвѣтственности послѣднихъ могла зависѣть отъ обстоятельствъ, вліяющихъ на мѣру отвѣтственности каждаго, напр., благодаря признанію ихъ заслуживающими снисхожденія [1]).

На этомъ основаніи, личныя условія, относящіяся къ соучастникамъ, или особыя ихъ отношенія къ учиненному дѣянію, вліяющія на его наказуемость и преступность, никакого вліянія на отвѣтственность прикосновенныхъ имѣть не должны; поэтому, укрывательство или недонесеніе о чисто служебныхъ преступныхъ дѣяніяхъ не могло подлежать наказанію [2]).

Иначе, чѣмъ при соучастіи, ставился, по моему мнѣнію, вопросъ о вліяніи на отвѣтственность прикосновенныхъ тѣхъ особыхъ отношеній, въ которыхъ они находились къ объекту главнаго дѣянія, такъ какъ даже и при той обрисовкѣ, которая была дана прикосновенности по уложенію 1845 г., нельзя было забывать, что въ дѣйствительности никакой непосредственной связи съ главнымъ дѣяніемъ у прикосновенныхъ не существовало. На этомъ основаніи укрыватель убійства, оказавшійся сыномъ убитаго, долженъ былъ быть наказанъ какъ укрыватель простого убійства.

Иное значеніе при наказуемости прикосновенныхъ имѣютъ особыя ихъ отношенія къ виновнику главнаго преступленія, въ особенности отношенія близкаго родства. Этому вопросу уложеніе 1845 г. посвящало особую статью (ст. 128), хотя, къ сожалѣнію, не представлявшую особой точности.

Родственныя отношенія не имѣли никакого значенія по отношенію къ попустителямъ и лицамъ, воспользовавшимся плодами преступнаго дѣянія, а оказывали вліяніе на отвѣтственность недоносителей о совершившемся и готовящемся преступленіи, а равно и укрывателей какъ самого преступника, такъ и слѣдовъ преступленія (согласно разъясненію Правит. Сената 1882 г. № 25 по дѣлу Харова). При этомъ законъ различалъ: близкихъ родственниковъ, къ коимъ относились: супруги, родители и дѣти, восходящіе и нисходящіе родственники, братья и сестры; прикосновенные этой категоріи вовсе освобождались отъ отвѣтственности. Къ второй группѣ относились близкіе свойственники до 2-й степени включительно и получившіе отъ учинившаго преступное дѣяніе воспитаніе или инымъ образомъ имъ облагодѣтельствованные; прикосновенные этой группы, въ случаѣ, если за самое преступное дѣяніе полагалась смертная казнь или каторга, наказывались, но съ уменьшеніемъ размѣровъ наказанія, а въ прочихъ случаяхъ также освобождались отъ отвѣтственности.

Но при этомъ статья 128 допускала одно исключеніе, не оправдываемое ни съ теоретической, ни даже съ практической точки зрѣнія: сила ея не распространялась на виновныхъ въ недонесеніи или укрывательствѣ по преступленіямъ государственнымъ, ст. 241, 244, 249—251 (по изд. 1885 г.) предусмотрѣннымъ. Какъ ни важны были преступленія, предусмотрѣнныя этими статьями, но едва ли нашелся бы судъ, который не пощадилъ бы отца, виновнаго въ томъ, что онъ укрылъ своего преступнаго, но любимаго сына, участвовавшаго въ мятежѣ, или жену, не донесшую на мужа, отца ея дѣтей, кормильца семьи, участвовавшаго хотя бы и въ вооруженномъ возстаніи, едва ли бы нашелся судъ, который рѣшился бы примѣнить къ нимъ, согласно ст. 242, смертную казнь или каторгу.

По дѣйствующему уложенію отвѣтственность прикосновенныхъ лицъ поставлена самостоятельно и независимо отъ отвѣтственности лицъ виновныхъ, но вмѣстѣ съ тѣмъ при установленіи размѣровъ отвѣтственности принята во вниманіе важность того дѣянія, о коемъ не донесъ или которое укрывалъ виновный. Такъ, ст. 170 постановляетъ, что виновный въ учиненіи преступныхъ дѣяній, статьями 161—170 предусмотрѣнныхъ (недонесеніе или укрывательство), не подлежитъ наказанію: 1) если извѣщеніе было бы обвине-

---

1) Ср. 77/55, Шипуновой.

2) 82/40, Саркисова.

ніемъ недонесшаго или члена его семьи въ учиненіи тяжкаго преступленія или преступленія; 2) если укрываемо было преступное дѣяніе, въ учиненіи коего участвовалъ самъ укрыватель или членъ его семьи; и 3) если укрываемъ былъ членъ семьи укрывателя.

Относительно же общей постановки прикосновенныхъ дѣйствующее уложеніе отказалось отъ системы уложенія 1845 г. и распредѣлило отдѣльные ихъ виды по соотвѣтствующимъ главамъ.

190. Отдѣльные типы прикосновенныхъ по уложенію 1845 г. могли быть распредѣлены, по характеристическимъ свойствамъ дѣятельности, на четыре группы: 1) попустители и недоносители о готовящемся преступномъ дѣяніи; 2) укрыватели преступника и преступленія; 3) воспользовавшіеся плодами преступнаго дѣянія; 4) недонесшіе о совершившемся преступномъ дѣяніи.

Попустителями по ст. 14 признавались тѣ, которые, имѣвъ власть и возможность предупредить преступленіе, съ намѣреніемъ или, по крайней мѣрѣ, завѣдомо, допустили содѣяніе онаго; а недоносителями (по ст. 15 и 125)—тѣ, которые, имѣвъ возможность довести о извѣстномъ имъ замышляемомъ преступленіи до свѣдѣнія правительства или угрожаемаго онымъ лица, не исполнили сей обязанности. Такимъ образомъ, оба вида подходили подъ понятіе невоспрепятствованія учиненію преступленія, подъ понятіе преступнаго бездѣйствія, отличаясь между собою, главнымъ образомъ, объективною стороною [1]).

Оба эти типа прикосновенныхъ предполагали, что прикосновенный не только не принималъ участія въ дѣяніи, но и не обѣщалъ такового, а съ другой стороны, что онъ дѣйствовалъ завѣдомо, т. е. сознавалъ, что готовится совершиться или совершается преступное дѣяніе. Такое знаніе могло зависѣть отъ присутствованія на мѣстѣ учиненія дѣянія или могло быть получено какимъ-либо инымъ путемъ. Поэтому, напр., могъ быть признанъ виновнымъ въ попустительствѣ или недонесеніи тотъ, кто, видя, что воръ залѣзъ къ другому въ карманъ, не дѣлалъ ничего, чтобы остановить вора, или смотритель тюрьмы, который, получивъ извѣстіе о предполагаемомъ побѣгѣ арестантовъ, не принялъ никакихъ мѣръ для его предотвращенія. Съ другой стороны, виновный долженъ былъ знать о готовящемся данномъ, опредѣленномъ дѣяніи; одно сомнѣніе въ преступномъ характерѣ того, что готовится, одно знаніе наклонностей, убѣжденій, плановъ и предположеній, недостаточно для признанія знавшаго попустителемъ или недоносителемъ, хотя бы подозрѣваемый и совершилъ потомъ что-либо преступное.

Для отвѣтственности было безразлично, бездѣйствовалъ ли виновный потому, что онъ самъ сочувствовалъ предположенному, или же потому, что относился къ нему безразлично, не желалъ потревожить себя, навлечь хлопоты и т. д.

Попустительство и недонесеніе предполагали возможность предупредить преступное дѣяніе, и притомъ не только объективно, но и завѣдомо для прикосновеннаго. Какъ скоро обвиняемый ошибочно или вѣрно предполагалъ, что у него нѣтъ достаточно силъ или средствъ для предупрежденія дѣянія, или что его заявленіе будетъ безполезно, несвоевременно, то, если добросовѣстность его ссылки была доказана, онъ не могъ быть наказанъ ни за попустительство, ни за недонесеніе.

Со стороны объективной, попустители, какъ говорила ст. 14 улож. 1845 г., должны были имѣть власть или возможность предупредить преступленіе. Такимъ образомъ, попустителями могли быть или лица, занимающія такое общественное или государственное положеніе, при коемъ они могли, въ виду извѣстнаго имъ готовящагося преступленія, сдѣлать необходимыя распоряженія, принять мѣры для его предотвращенія, поставить часовыхъ,

---

1) Ср. литературныя указанія по этому вопросу въ моемъ курсѣ, III, № 517, пр. 473. Plagge, Unterlassene Verhinderung v. Verbrechen strafrechtlich und civilrechtlichb erachtet, 1896; Hess, Die Anzeigepflicht in Strafrecht, 1893. Нельзя не замѣтить, что по дѣлу Асанъ-Бекиръ-Оглы (75/62) и Сенатъ призналъ, что недонесеніе объ умышляемомъ преступленіи есть одинъ изъ видовъ попустительства. Кромѣ того, по уложенію 1845 г. попустителемъ могло быть только лицо, не предупредившее самое преступное дѣяніе, а не его результаты; на этомъ основаніи человѣкъ, нашедшій раненаго, истекающаго кровью, и не сдѣлавшій ему перевязки, не считался попустителемъ. Еще менѣе можно говорить о попустительствѣ вредоносныхъ дѣяній, проистекающихъ не отъ злой воли человѣка.

установить предохранительные знаки и т. д., или лица, находящіяся въ такихъ отношеніяхъ къ преступнику, при которыхъ достаточно одного слова, требованія, чтобы задуманное не осуществилось, какъ, напр., при отношеніяхъ отца къ сыну, начальника къ подчиненному, или же, наконецъ, тѣ, которыя имѣли физическую возможность остановить преступленіе, употребивъ силу или даже просто заявивъ преступнику о своемъ присутствіи, позвавъ на помощь постороннихъ лицъ и т. д.

Что касается недонесенія, то оно предполагало спеціальную форму невмѣшательства, а именно, незаявленіе о готовящемся преступномъ дѣяніи тому лицу, противъ коего оно было задумано, или правительству, т. е. такому органу власти, который компетентенъ къ принятію какихъ-нибудь предупредительныхъ мѣръ.

И при попустительствѣ, и при недонесеніи, отвѣтственность не имѣла мѣста, какъ скоро вмѣшательство въ какой бы то ни было формѣ было или физически невозможно, или было соединено съ опасностью, подходящею подъ понятіе крайней необходимости.

Въ тѣхъ законодательствахъ, которыя перенесли прикосновенность въ особенную часть, постановка недонесенія о готовящихся преступленіяхъ и попустительства представляется различною. Между тѣмъ какъ недонесеніе о нѣкоторыхъ важнѣйшихъ преступныхъ дѣяніяхъ наказуемо и по многимъ новымъ кодексамъ, напр., германскому (§ 139) и голландскому (ст. 135—137), попустительство во всѣхъ кодексахъ, за исключеніемъ австрійскаго уложенія (§ 216), наказуемо только при томъ условіи, когда на виновномъ, въ силу его особаго положенія, лежитъ спеціальная обязанность предупреждать опасность, созданную человѣкомъ или даже силами природы.

Основаніе такой постановки вопроса заключается прежде всего въ томъ, что доктрина, а за нею и законъ, какъ было указано выше, допускаютъ отвѣтственность за невмѣшательство только въ томъ случаѣ, когда оно стоитъ въ причинномъ отношеніи къ вреду, составляя особую форму обыкновеннаго виновничества.

Правда, защитники противоположнаго мнѣнія говорятъ, что этимъ доводомъ еще не уничтожаются, такъ сказать, полицейскія основанія наказуемости попустительства и недонесенія. Если полиція можетъ, въ интересахъ предупрежденія пожара, требовать, чтобы на дворахъ были кадки съ водою, или въ интересахъ безопасности отдѣльныхъ лицъ она предписываетъ, напр., освѣщеніе черныхъ лѣстницъ въ домахъ, то, повидимому, еще съ бо́льшимъ правомъ она можетъ требовать, чтобы каждый, могущій остановить преступленіе, дѣйствительно исполнилъ эту обязанность. Съ этой точки зрѣнія попустительство и недонесеніе признаются нарушеніемъ правилъ, ограждающихъ общественную безопасность; но и такая постановка вопроса вызываетъ существенныя возраженія.

Во-1-хъ, въ этомъ случаѣ пришлось бы наказывать не только попустительство преступныхъ дѣяній, но и всякаго вреда, отъ кого бы онъ ни происходилъ, поэтому уголовной отвѣтственности подлежалъ бы и тотъ, кто, замѣтивъ сильно надтреснувшую штукатурку на карнизѣ дома, или образовавшуюся при переходѣ черезъ рѣку полынью, не предотвратилъ грозящій вредъ или не озаботился о немедленномъ заявленіи о томъ полиціи или хозяину дома. Во-2-хъ, сходство между попустительствомъ и, напр., неисполненіемъ какихъ-либо правилъ пожарнаго устава или мѣръ предупрежденія опасности, грозящей кому-либо, весьма отдаленно. Прежде всего, такія нарушенія имѣютъ опредѣленный составъ, а потому, какъ и всякій проступокъ, легко констатируются судомъ, но попустительство представляется крайне расплывчатымъ, трудно установляемымъ. Законъ не можетъ указать тѣ внѣшнія дѣйствія, въ которыхъ можетъ выразиться попустительство, такъ какъ они совершенно видоизмѣняются, сообразно съ условіями отдѣльныхъ случаевъ, а потому суду придется точно устанавливать и свойство преступной воли и сознаніе возможности предупредить зло и т. п., что, конечно, не имѣетъ мѣста при опредѣленіи отвѣтственности за полицейскія нарушенія. Наконецъ, въ-3-хъ, наложеніе такой неопредѣленной обязанности—принятія мѣръ, предупреждающихъ опасность, на каждаго гражданина, не занимающаго никакого особаго поста въ государствѣ, представлялось бы слишкомъ тяжелымъ бременемъ [1]).

---

[1]) За ненаказуемость попустительства въ томъ объемѣ, какой былъ приданъ ему уложеніемъ

Также отнеслось къ этимъ типамъ прикосновенныхъ и дѣйствующее уложеніе. За неизвѣщеніе, безъ уважительныхъ причинъ, полицейскаго или судебнаго органа власти или угрожаемаго лица о достовѣрно извѣстныхъ замышленныхъ или предпринятыхъ преступныхъ дѣяніяхъ оно наказываетъ какъ должностное лицо (за недонесеніе о всякомъ преступленіи, 2-я часть ст. 630), такъ и частное лицо (за недонесеніе объ убійствѣ, общеопасномъ поврежденіи имущества, подѣлкѣ денежныхъ знаковъ и о государственныхъ преступленіяхъ, ст. 161 и 162), а за попустительство, т. е. за непринятіе надлежащихъ мѣръ къ пресѣченію или предупрежденію, угрожаетъ взысканіями только въ томъ случаѣ, когда оно учинено служащимъ, обязаннымъ, по свойству его службы, предупреждать или пресѣкать преступныя дѣянія, причемъ законъ ставитъ условіемъ отвѣтственности—завѣдомую наличность доказательствъ существованія преступленія и наступленіе послѣдствій (кромѣ государственныхъ преступленій), а именно требуетъ, чтобы непринятіе мѣръ повлекло учиненіе преступленія (ст. 630). Кромѣ того, уложеніе особо говоритъ о нѣкоторыхъ спеціальныхъ видахъ попустительства со стороны акцизныхъ и таможенныхъ чиновниковъ и цензоровъ.

Вторую группу составляли укрыватели преступленія и преступника. Уложеніе 1845 г. опредѣляло ихъ такъ: тѣ, которые, не имѣвъ никакого участія въ самомъ совершеніи преступленія, только по совершеніи уже онаго завѣдомо участвовали въ сокрытіи или истребленіи слѣдовъ его, или же въ сокрытіи самихъ преступниковъ, причемъ оба эти вида сливались въ одномъ общемъ понятіи дѣятельности, направленной къ укрытію виновнаго отъ рукъ правосудія.

Конечно, и при этомъ требовалось, чтобы виновный не принималъ никакого участія въ преступленіи и дѣйствовалъ завѣдомо, причемъ законъ не придавалъ никакого особаго значенія мотивамъ укрывательства, а по отношенію къ внѣшней сторонѣ только въ видѣ примѣра называлъ нѣкоторые виды сокрытія, но не перечислялъ ихъ. Такимъ образомъ, подъ понятіе укрывательства преступника можно было подводить: спрятаніе преступника, содѣйствіе ему въ измѣненіи внѣшняго вида, окраску волосъ, перемѣну костюма, доставленіе средствъ къ побѣгу, снабженіе паспортомъ и т. д., однимъ словомъ, все то, въ силу чего виновный на долгое или даже на короткое время, напр., на время обыска, былъ укрытъ или долженствовалъ быть укрытымъ отъ органа власти, причемъ, однако, эта дѣятельность должна была имѣть физическій характеръ: содѣйствіе иными пріемами и способами такому скрытію виновнаго отъ правосудія подъ понятіе укрывательства не подходило [1]). Скрытіе же слѣдовъ преступленія предполагало уничтоженіе, измѣненіе или временное устраненіе отъ рукъ правосудія всѣхъ тѣхъ внѣшнихъ матеріальныхъ предметовъ, которые свидѣтельствовали о совершившемся событіи, или могли служить къ изобличенію преступника. Таковы, напр., замытіе крови, увозъ трупа жертвы, зарытіе платья убитаго лица и т. п.

Кромѣ того, въ особенной части уложеніе 1845 г. знало рядъ особыхъ случаевъ укрывательства, наказывая притомъ виновныхъ, или несмотря на спеціальную обрисовку учиненныхъ ими дѣяній, какъ укрывателей (напр., ст. 406, 422, 447, 452, 1236 и др.), или образуя изъ нихъ совершенно самостоятельные типы, какъ, напр., укрывательство воен-

---

1845 г., высказались В. Спасовичъ, стр. 165; А. Лохвицкій, стр. 169; И. Неклюдовъ, конспектъ, § 38; Кистяковскій, № 329.

[1]) Особенно широко обрисовывается дѣятельность укрывателя въ германскомъ кодексѣ (§ 139)—«оказаніе содѣйствія для избѣжанія уголовной отвѣтственности»; поэтому судебная практика нѣмецкая и комментаторы относятъ сюда, напр., принятіе на себя преступнаго дѣянія, учиненнаго другимъ лицомъ, отбытіе наказанія подъ именемъ дѣйствительно приговореннаго (рѣшеніе Reichsgericht'a 11 Іюня 1883 г.), взносъ за кого-либо денежнаго взысканія, даже приведеніе завѣдомо ложныхъ фактовъ въ просьбѣ о помилованіи. Ср. по этому вопросу мой курсъ, III, № 522. Въ особенности много споровъ возбуждалъ вопросъ объ уплатѣ штрафа за приговореннаго.—Ср. v. Decken, Bezahlung fremder Geldstrafen въ L. Z. XII, стр. 97; Raff, Ist Zahlung einer Geldstrafe für einem Anderen Begünstigung? 1892; Friedmann, Begünstigung durch Bezahlung einer gegen einen anderen erkannten Geldstrafe, L. Z. XVIII, стр. 821.

ныхъ бѣглыхъ, или бѣглыхъ арестантовъ, освобожденіе арестантовъ, препятствованіе ихъ поимкѣ, нѣкоторые виды лжесвидѣтельства, неправосудіе по дѣламъ уголовнымъ, пристанодержательство и пр.

Это разнообразіе самостоятельныхъ преступныхъ видовъ укрывательства съ полною наглядностью свидѣтельствуетъ о правильности перенесенія всего ученія объ укрывательствѣ въ особенную часть и образованія изъ случаевъ этого рода особой группы посягательствъ на правильное отправленіе правосудія.

Отправленіе карающаго правосудія составляетъ одну изъ важнѣйшихъ функцій правительственной дѣятельности и, въ видахъ ея успѣшнаго совершенія, государство: во-1-хъ, налагаетъ на гражданъ рядъ болѣе или менѣе важныхъ обязанностей содѣйствовать правосудію, какова, напр., обязанность быть свидѣтелемъ, экспертомъ, доносить объ извѣстныхъ преступныхъ дѣяніяхъ и т. п., и, во-2-хъ, воспрещаетъ всякое препятствованіе успѣшному дѣйствію правосудія. Нарушеніе этой спеціальной обязанности и составляетъ содержаніе укрывательства, которое, такимъ образомъ, обнимаетъ дѣйствія, направленныя къ уничтоженію возможности или къ затрудненію раскрытія преступленія или изобличенія преступника.

Такимъ образомъ, и дѣйствующее уложеніе отнесло къ группѣ противодѣйствія правосудію уничтоженіе или скрытіе доказательствъ преступнаго дѣянія, пріобщенныхъ или не пріобщенныхъ къ дѣлу (ст. 166); укрывательство дачею убѣжища, доставленіемъ средствъ къ поимкѣ, препятствованіемъ поимкѣ или инымъ какимъ-либо дѣйствіемъ лицъ осужденныхъ, привлеченныхъ къ слѣдствію или суду или разыскиваемыхъ властью по подозрѣнію въ учиненіи преступленія или проступка, а по отношенію къ учинившимъ тяжкое преступленіе въ техническомъ смыслѣ, даже и не разыскиваемыхъ (ст. 168, 169); кромѣ того, уложеніе отдѣльно говоритъ о спеціальныхъ видахъ укрывательства принятіемъ на себя чужой вины (ст. 170) и объ освобожденіи арестантовъ или содѣйствіи ихъ побѣгу (ст. 172 и 173), а засимъ въ раздѣлѣ злоупотребленій по службѣ указываетъ нѣкоторые спеціальные случаи незадержанія преступниковъ или укрывательства оныхъ, учиняемыхъ лицами служащими (ст. 632).

Къ третьей группѣ относились лица, пользовавшіяся или участвовавшія въ пользованіи вещами, добытыми преступленіемъ. Уложеніе опредѣляло ихъ такъ: «тѣ, кои завѣдомо взяли къ себѣ, или приняли на сбереженіе, или же передали или продали другимъ похищенныя или отнятыя у кого-либо или инымъ образомъ добытыя вещи».

Этотъ видъ прикосновенности, какъ и предшествующій, предполагалъ, что виновный не принималъ никакого участія въ преступномъ дѣяніи, хотя и дѣйствовалъ завѣдомо, зная, что онъ противозаконно пользуется плодами опредѣленнаго преступнаго дѣянія.

При этомъ безразлично, получены ли были вещи непосредственно отъ самого преступника, или отъ третьихъ лицъ, въ самомъ преступномъ дѣяніи не участвовавшихъ, если только укрывавшему сдѣлался извѣстнымъ индивидуальный случай, при которомъ добыты эти вещи. Могли быть даже случаи, напр., при укрывательствѣ значительныхъ кражъ, когда укрыватель, зная о самомъ дѣяніи, не зналъ его исполнителей [1]).

Для наличности этого типа прикосновенныхъ требовалось, во-1-хъ, чтобы обвиняемый получилъ матеріальную, пріобрѣтенную преступникомъ вещь или участвовалъ въ ея сбытѣ; поэтому извлеченіе какой-либо иной выгоды изъ такого дѣянія, хотя бы имѣющей матеріальный характеръ, не подходило подъ понятіе укрывательства: таково, напр., участіе въ пьянствѣ и кутежахъ преступника; во-2-хъ, дѣятельность виновнаго должна была имѣть активный характеръ: одно знаніе и незаявленіе почиталось недонесеніемъ, хотя бы виновный и извлекъ изъ этого матеріальную выгоду; въ-3-хъ, самый перечень дѣйствій, указанный въ ст. 14, имѣлъ только характеръ примѣровъ: подъ понятіе взятія могли быть подводимы всѣ юридическія сдѣлки, въ силу коихъ вещь переходитъ къ укрывателю, каковы, напр., купля, принятіе въ закладъ, въ ссуду, въ даръ и т. п.; то же нужно

---

1) Еще далѣе пошелъ Правительствующій Сенатъ, признавъ укрывателемъ (69/411, Соколовой) лицо, случайно узнавшее о совершившемся преступномъ дѣяніи и воспользовавшееся его плодами.

сказать и о выраженіяхъ «передастъ или продастъ»; передача могла быть, напр., отнесена и къ отдачѣ въ закладъ или на сохраненіе.

Но даже и при этомъ широкомъ толкованіи пользованія плодами преступнаго дѣянія, этотъ типъ прикосновенныхъ служилъ особенно наглядным доказательствомъ несостоятельности системы, усвоенной уложеніемъ [1]), такъ какъ въ особенной части законъ зналъ рядъ отдѣльныхъ дѣяній, совершенно сходныхъ по своей конструкціи съ прикосновенностью. Таковы были постановленія о продажѣ и отдачѣ въ закладъ преступно полученнаго имущества (ст. 1701 и 1705, ч. I, по изд. 1885 г.) и случаи покупки и принятія въ закладъ имущества, добытаго насиліемъ (ст. 1702 и 1705 п. 2), а затѣмъ въ особенности ст. 180 уст. о нак., на основаніи коей, за покупку или принятіе въ закладъ завѣдомо краденаго или полученнаго чрезъ обманъ имущества, виновные подвергались аресту не свыше трехъ мѣсяцевъ или денежному взысканію не свыше трехсотъ рублей и только при обращеніи этой дѣятельности въ ремесло наказывались какъ за кражу. При этомъ составители устава не разъясняли, въ какомъ отношеніи должна была находиться эта статья къ общимъ постановленіямъ объ укрывательствѣ, а по указателю статей уложенія изд. 1857 г., замѣненныхъ ст. 180, слѣдовало заключить, что она обнимала не только случаи покупки вещей, преступное полученіе коихъ продавцемъ подозрѣвалъ покупатель, но и покупку вещей, завѣдомо для покупающаго добытыхъ преступленіемъ, за что виновный по уложенію 1857 г. наказывался какъ за участіе въ кражѣ.

На этомъ основаніи, статью 180 можно было толковать въ томъ смыслѣ, что она исключала примѣненіе къ указаннымъ въ ней случаямъ общихъ постановленій объ укрывательствѣ; но такое толкованіе, благодаря наказаніямъ, назначеннымъ по ст. 180, вызывало рядъ недоразумѣній: почему, напр., лицо, принявшее краденую вещь въ даръ, на храненіе, могло быть наказано какъ прикосновенный, а скупщикъ или закладчикъ подвергался maximum тремъ мѣсяцамъ ареста?

Поэтому Правительствующій Сенатъ призналъ, что ст. 180 примѣнима только въ томъ случаѣ, когда покупщику не были извѣстны индивидуальныя условія пріобрѣтенія покупаемыхъ имъ вещей; если же покупщикъ зналъ не только о способѣ пріобрѣтенія этихъ вещей, но и о самомъ случаѣ совершившейся кражи, зналъ о лицѣ, у котораго имущество похищено, то онъ долженъ былъ быть признаваемъ укрывателемъ [2]).

Дѣйствующее уложеніе всѣ случаи преступнаго пользованія имуществомъ, добытымъ преступнымъ дѣяніемъ, отнесло къ группѣ имущественныхъ захватовъ, различая при этомъ пріобрѣтеніе, принятіе въ закладъ или для сбыта и сбытъ имущества, завѣдомо для виновнаго добытаго преступленіемъ или проступкомъ, отъ случаевъ таковаго же принятія имущества торговцами, хотя и не знавшими о способѣ ихъ пріобрѣтенія, но дѣйствовавшими неосмотрительно, не удостовѣрившись въ принадлежности его продавцу.

Послѣднюю группу прикосновенныхъ составляли недоносители о совершившемся преступленіи. Еще кодексы начала нынѣшняго столѣтія допускали наказуемость такого недонесенія въ весьма широкомъ размѣрѣ; но потомъ объемъ этого дѣянія все болѣе и болѣе уменьшался и новые кодексы ограничиваются только наказуемостью недонесенія со стороны лицъ служащихъ и то при наиболѣе важныхъ преступныхъ дѣяніяхъ.

Причиною такого вымиранія является, прежде всего, сознаніе того, что, при современныхъ условіяхъ государственной жизни, нѣтъ необходимости привлеченія всѣхъ гражданъ къ участію въ преслѣдованіи преступниковъ, что эта натуральная повинность представляется слишкомъ тяжелою и что спеціальные органы могутъ вести дѣло открытія преступниковъ и съ несравненно большимъ успѣхомъ и съ меньшею затратою силъ.

Съ другой стороны, это объясняется существующимъ во всякомъ не отжившемъ еще нравственно обществѣ презрѣніемъ къ доносу и доносчикамъ, которое не должно быть

---

1) Этотъ видъ преступной дѣятельности имѣетъ такъ мало общаго съ главнымъ преступленіемъ, что многіе изъ криминалистовъ, какъ, напр., проф. Жиряевъ, защищавшіе теорію прикосновенности, какъ дополнительнаго соучастія, исключали изъ нея пользованіе плодами преступленія.

2) Ср. рѣш. 68/174, 68/626, 69/633, 70/156, 70/280, 70/1523, 71/578, 71/913, 71/1751 и др.

игнорировано законодателемъ. Не надо забывать, что здѣсь дѣло идетъ не о гласномъ обвиненіи преступника, при которомъ обвинитель несетъ и всю тягость послѣдствій легкомысленнаго или недобросовѣстнаго привлеченія кого-либо къ отвѣтственности, и даже не о добровольномъ заявленіи органамъ суда о преступленіи, котораго заявившій былъ очевидцемъ или о которомъ онъ имѣетъ несомнѣнныя свѣдѣнія, а о тайномъ доносѣ, *вынуждаемомъ* угрозою наказанія. Обязанность доноса имѣетъ естественнымъ дополненіемъ награду за доносъ, всевозможныя поощренія доносчиковъ. Конечно, несомнѣнно, что такая система можетъ иногда содѣйствовать раскрытію преступленій, борьба съ которыми оказалась не подъ силу спеціальнымъ органамъ, но горе той странѣ, которая обратитъ доносъ въ необходимый элементъ общественной жизни: ради временныхъ выгодъ правительство посѣетъ въ обществѣ сѣмена страшной нравственной заразы, которая или грозитъ вымираніемъ государственнаго организма, или потребуетъ громадныхъ и долгихъ жертвъ на его исцѣленіе [1]).

Уложеніе 1845 г. сохраняло на наказуемость доноса взглядъ прежнихъ кодексовъ, но, относя недоносителей къ группѣ прикосновенныхъ, установляло, однако, для нихъ, въ ст. 126, совершенно самостоятельную наказуемость.

Недонесеніе по уложенію 1845 г. наказывалось по отношенію ко всѣмъ преступнымъ дѣяніямъ, безотносительно къ ихъ важности; но во всякомъ случаѣ ст. 126 не могла быть примѣняема къ случаямъ недонесенія о проступкахъ, наказуемыхъ по уставу о наказаніяхъ.

Но и по уложенію эта отвѣтственность имѣла извѣстные предѣлы. Такъ, отвѣтственность за недонесеніе не могла имѣть мѣста по отношенію къ дѣяніямъ уголовно-частнымъ, такъ какъ въ этомъ случаѣ недонесеніе самого пострадавшаго или его представителя было осуществленіемъ его права, а заявленіе или незаявленіе третьихъ лицъ не могло имѣть никакого юридическаго значенія, такъ какъ преслѣдованіе могло быть возбуждено только по частной жалобѣ.

Далѣе, не могли отвѣчать за недонесеніе тѣ лица, которыя вовсе не могли являться доносителями или которымъ предоставлено право уклоняться отъ дачи свидѣтельскихъ показаній. Такъ, по ст. 97 зак. о судопр. по дѣл. о преступл. (изд. 1876 г.) запрещалось принимать доносы отъ лишенныхъ всѣхъ правъ состоянія [2]). По ст. 94 запрещалось принимать, въ извѣстныхъ случаяхъ, доносы отъ дѣтей на родителей, отъ приказчика, не сдѣлавшаго разсчета съ хозяиномъ, на хозяина; очевидно, что эти лица не могли быть отвѣтственными за недонесеніе.

Судебные уставы относительно доноса такихъ ограниченій не знаютъ; но за то они знаютъ рядъ лицъ, которыя не допускаются вовсе къ свидѣтельству или могутъ отказаться отъ дачи свидѣтельскихъ показаній. Очевидно, что если для этихъ лицъ не существовало обязанности помогать суду въ разслѣдованіи преступленій, то они не могли отвѣчать и за недонесеніе, такъ какъ большее право вмѣщаетъ въ себѣ и меньшее; таковы лица, поименованныя въ пп. 2 и 3 ст. 704, въ предѣлахъ, этою статьею указанныхъ [3]), а равно и лица, въ ст. 705 указанныя; но послѣднія, за исключеніемъ преступленій государственныхъ, согласно прямому постановленію послѣдней части ст. 128 уложенія.

---

[1]) Въ западно-европейской литературѣ вопросъ о безнаказанности недонесенія признается окончательно установившимся; изъ нашихъ криминалистовъ за безнаказанность высказываются В. Спасовичъ, А. Лохвицкій, Н. Неклюдовъ; за наказуемость—Жиряевъ и отчасти С. Баршевъ. Ср. Hahn, von der Pflicht zur Denunziation von Verbrechen, 1839; R. Hess, Die Anzeigepflicht im Strafrecht, 1893, у него подробныя литературныя указанія.

[2]) По ст. 588 не только запрещалось отъ такихъ лицъ доносы принимать, но постановлено ихъ, какъ безпокойныхъ, за то наказывать.

[3]) Хотя ст. 583 зак. о судопр. по дѣл. о прест. и прост. (изд. 1876 г.) и говорила, что всякаго состоянія люди обязаны доносить о дѣлахъ, касающихся преступленій государственныхъ, а статьи 585 и 586 не освобождали отъ обязанности доноса и священнослужителей, узнавшихъ о таковомъ замыслѣ на исповѣди, но эти правила не вошли въ уставъ угол. судопр. и потеряли свое значеніе, за силою судебныхъ уставовъ.

Такъ же, по моему мнѣнію, ст. 126 не могла быть распространяема на недонесеніе о преступныхъ дѣяніяхъ, совершенныхъ надъ недоносителемъ, надъ его личными или имущественными правами. Если кому-либо нанесена тяжкая рана или увѣчье, и пострадавшій не заявилъ о преступленіи, то могъ ли прокурорскій надзоръ привлечь къ отвѣтственности вмѣстѣ съ ранившимъ и раненаго за недонесеніе? Обязанъ ли былъ хозяинъ дома, видѣвшій, какъ въ его глазахъ знакомый ему гость стащилъ тайно какую-либо его вещь, немедленно заявить о томъ полиціи подъ страхомъ отвѣтственности по ст. 126? Очевидно, нѣтъ, такъ какъ нельзя забывать, что законы уголовные преслѣдуютъ виновныхъ не только въ интересахъ общества, но и въ интересахъ пострадавшихъ лицъ.

Въ тѣхъ же случаяхъ, гдѣ недонесеніе было наказуемо, оно предполагало наличность двухъ условій: во-1-хъ, дѣйствительнаго знанія о томъ, что совершилось опредѣленное преступное дѣяніе, такъ какъ общихъ предположеній, сомнѣній въ этомъ отношеніи было недостаточно: самъ законъ требовалъ, чтобы доноситель не основывался на слухахъ и подозрѣніяхъ, а приводилъ въ подкрѣпленіе своего доноса фактическія доказательства; во-2-хъ, возможности заявленія безъ опасности для донесшаго, такъ какъ наличность опасности освобождала недонесшаго отъ наказанія.

Недонесеніе, по ст. 126, облагалось или крѣпостью, или тюрьмою, или арестомъ, или денежнымъ штрафомъ, или выговоромъ, замѣчаніемъ или внушеніемъ, причемъ выборъ зависѣлъ отъ усмотрѣнія суда. Законъ только замѣчалъ, что, выбирая наказаніе, судъ соображается съ важностью и обстоятельствами дѣла, слѣдовательно, можетъ принять въ разсчетъ и наказуемость того преступнаго дѣянія, о которомъ не донесъ обвиняемый; но судъ не нарушилъ бы, собственно говоря, закона, если бы онъ даже назначилъ недоносителю наказаніе болѣе тяжкое, чѣмъ какое полагается за скрытое имъ дѣяніе.

По дѣйствующему уложенію обязанность донесенія сохранилась въ весьма ограниченныхъ размѣрахъ, такъ какъ по ст. 163 назначается отвѣтственность за недонесеніе, безъ уважительныхъ причинъ, только о достовѣрно извѣстныхъ виновному участникахъ мятежа или измѣны, если при томъ учинившій не былъ членомъ семьи недонесшаго. По отношенію же къ служащимъ (ст. 631) обязанность надлежащаго извѣщенія возложена на нихъ по поводу всякаго преступленія или проступка, подлежащаго преслѣдованію не по частной жалобѣ, а равно и относительно всякаго лица, участвовавшаго въ учиненіи такого дѣянія.

ГОСУД[illegible]ВЕННАЯ
[illegible]Я
ИСТОР[illegible]ЧЕСКАЯ
БИБ[illegible]ОР
г.

517 — 545 Необходимая оборона

75000=

сп.
5.05.95

125 р.

Маг. 14
ОНТЛ